المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بنضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

المجلد الخامس

المحتوى:

الاستحسان - التحري - اللقيط - اللقطة - الآبق - المفقود - الوديعة - العارية - الجهاد - المأذون - الحجر - الهبة - الوقف

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKI
بيروت - لبنان

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

الجزء الخامس

المحتوى:

الاستحسان - التحري - اللقيط - اللقطة - الآبق - المفقود - الوديعة - العارية - الجهاد - المأذون - الحجر - الهبة - الوقف

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي
(ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed
ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568	(٩أجزاء/٩مجلدات)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in Lebanon	لبنـان	بلد الطباعة
Edition 1st	الأولى	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب:١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-8337-8

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستحسان[1]

يحتاج إلى معرفة: تفسير الاستحسان، وشريعته، وماهيته، وأنواعه، وتسمية هذا الكتاب باسمه.

* **أما تفسيره لغة:** فالاستحسان لغة هو وجود الشيء حسنًا، كالاستقباح: وجود الشيء قبيحًا.

* **وأما ماهيته:** فهو اسم لقياس خفي، فإن القياس نوعان: جلي وخفي.

فإن كان المعنى في المقيس عليه جليًّا ظاهرًا سميناه قياسًا، وإن كان خفيًّا باطنًا سميناه استحسانًا؛ لأنا وجدنا ترك العمل بالدليل الظاهر والعمل بالدليل الباطن حسنًا، كما إذا اجتمع دليلان ظاهر وباطن في الحظر والإباحة في أمور الدين والمعاملات فالدليل الظاهر يوجب الحظر، والدليل الباطن يوجب الإباحة، ويرجح الدليل الباطن على الظاهر لنوع رجحان وهو الضرورة وبلوى الناس، فإن للضرورة تأثيرًا ورجحانًا في الإباحة كضرورة المخمصة والمجاعة.

---

(١) الاسْتِحْسَانُ فِي اللُّغَةِ: هُوَ عَدُّ الشَّيْءِ حَسَنًا، وَضِدُّهُ الاسْتِقْبَاحُ. وَفِي عِلْمِ أُصُولِ الْفِقْهِ عَرَّفَهُ بَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ بِأَنَّهُ: اسْمٌ لِدَلِيلٍ يُقَابِلِ الْقِيَاسَ الْجَلِيَّ يَكُونُ بِالنَّصِّ أَوِ الإِجْمَاعِ أَوِ الضَّرُورَةِ أَوِ الْقِيَاسِ الْخَفِيِّ.

كَمَا يُطْلَقُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ - فِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ وَالاسْتِحْسَانِ - عَلَى اسْتِخْرَاجِ الْمَسَائِلِ الْحِسَانِ، فَهُوَ اسْتِفْعَالٌ بِمَعْنَى إِفْعَالٍ، كَاسْتِخْرَاجٍ بِمَعْنَى إِخْرَاجٍ. قَالَ النَّجْمُ النَّسَفِيُّ: فَكَأَنَّ الاسْتِحْسَانَ هَاهُنَا إِحْسَانُ الْمَسَائِلِ، وَإِتْقَانُ الدَّلَائِلِ.

انظر: إفاضة الأنوار بحاشية نسمات الأسحار ص١٥٥ ط. أولى، وطلبة الطلبة ص٨٩ ط. أولى. ورد المحتار ٥/٢١٣ ط. أولى.

والشافعي رحمه الله أبى هذا الاسم لهذا النوع من الدليل؛ لأنه لم يرد به اللغة والشريعة فيكون اختراعًا، والاختراع على اللغة لا يجوز، إلا أنه مخطئ فيه لأنا نسمي هذا النوع من الدليل استحسانًا استعارة ومجازًا مما أطلق في اللغة، فإنه في اللغة عبارة عن وجود الشيء حسنًا فلما وجدنا أحد القياس أحسن من الآخر سميناه استحسانًا باسم حكمه، ويجوز تسمية الشيء باسم حكمه على أن الشرع ورد به وهو قوله تعالى: ﴿يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾ [الزمر: ١٨]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن**"، والمسلمون رأوا الاستصناع حسنًا فسميناه استحسانًا[١].

* **وأما بيان أنواعه:** فالاستحسان ضربان:

ضرب قام عليه الدليل من أصول أربعة: من كتاب أو سنة أو قياس أو إجماع أمة، وهو حسن مقبول وما يقتضيه معمول؛ لأنه يستند إلى أصل صحيح.

وضرب نسج في الوهم استقباح الشيء واستحسانه ولم يقم عليه دليل من هذه الأصول، وإنه حرام مذموم؛ لأنه قول بالهوى والشهوة[٢].

---

(١) اخْتَلَفَ الأُصُولِيُّونَ فِي قَبُول الاسْتِحْسَانِ، فَقَبِلَهُ الْحَنَفِيَّةُ، وَرَدَّهُ الشَّافِعِيَّةُ وَجُمْهُورُ الأُصُولِيِّينَ.

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ فَقَدْ نَسَبَ إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ الْقَوْل بِهِ إِلَى مَالِكٍ، وَقَال بَعْضُهُمْ: الَّذِي يَظْهَرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ الْقَوْل بِالاسْتِحْسَانِ لَا عَلَى مَا سَبَقَ، بَل حَاصِلُهُ: اسْتِعْمَال مَصْلَحَةٍ جُزْئِيَّةٍ فِي مُقَابَلَةِ قِيَاسٍ كُلِّيٍّ، فَهُوَ يُقَدِّمُ الاسْتِدْلَال الْمُرْسَل عَلَى الْقِيَاسِ.

وَأَمَّا الْحَنَابِلَةُ فَقَدْ حُكِيَ عَنْهُمُ الْقَوْل بِهِ أَيْضًا.

وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ الْخِلَافَ لَفْظِيٌّ؛ لأَنَّ الاسْتِحْسَانَ إِنْ كَانَ هُوَ الْقَوْل بِمَا يَسْتَحْسِنُهُ الإِنْسَانُ وَيَشْتَهِيهِ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَا يَقُول بِهِ أَحَدٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْعُدُول عَنْ دَلِيلٍ إِلَى دَلِيلٍ أَقْوَى مِنْهُ، فَهَذَا مِمَّا لَا يُنْكِرُهُ أَحَدٌ.

انظر: إرشاد الفحول ص٢٤٠ ط. مصطفى الحلبي، والبحر المحيط للزركشي مخطوطة باريس، الورقة: (٣٣٤/ب)، والمستصفى ٢٧٤/١ ط. بولاق، وشرح العضد لمختصر ابن الحاج ٢٨٨/٢ ط. أولى.

(٢) يَنْقَسِمُ الاسْتِحْسَانُ بِحَسَبِ تَنَوُّعِ الدَّلِيل الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ:

أَوَّلًا- اسْتِحْسَانُ الأَثَرِ أَوِ السُّنَّةِ: وَهُوَ أَنْ يَرِدَ فِي السُّنَّةِ النَّبَوِيَّةِ حُكْمٌ لِمَسْأَلَةٍ مَا مُخَالِفٌ لِلْقَاعِدَةِ الْمَعْرُوفَةِ فِي الشَّرْعِ فِي أَمْثَالِهَا؛ لِحِكْمَةٍ يُرَاعِيهَا الشَّارِعُ، كَبَيْعِ السَّلَمِ، جَوَّزَتْهُ السُّنَّةُ نَظَرًا لِلْحَاجَةِ، عَلَى خِلَافِ الأَصْل فِي بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَهُوَ الْمَنْعُ.

=

وأما تسمية هذا الكتاب استحسانًا؛ لما أن عامة مسائله يستحسنها العقل لرجحان معنى الخفي على معنى الجلي.

(باب ما يكره أكله وما لا يكره)

(الجامع[١]): ويكره أكل لحوم الحُمر الأهلية والبغال والبهائم[٢].

=

ثَانِيًا- اسْتِحْسَانُ الإِجْمَاعِ: وَهُوَ أَنْ يَنْعَقِدَ الإِجْمَاعُ فِي أَمْرٍ عَلَى خِلَافِ مُقْتَضَى الْقَاعِدَةِ، كَمَا فِي صِحَّةِ عَقْدِ الاسْتِصْنَاعِ، فَهُوَ فِي الأَصْلِ أَيْضًا بَيْعُ مَعْدُومٍ لَا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا جُوِّزَ بِالإِجْمَاعِ اسْتِحْسَانًا لِلْحَاجَةِ الْعَامَّةِ إِلَيْهِ.

ثَالِثًا- اسْتِحْسَانُ الضَّرُورَةِ: وَهُوَ أَنْ يُخَالِفَ الْمُجْتَهِدُ حُكْمَ الْقَاعِدَةِ نَظَرًا إِلَى ضَرُورَةٍ مُوجِبَةٍ مِنْ جَلْبِ مَصْلَحَةٍ أَوْ دَفْعِ مَفْسَدَةٍ، وَذَلِكَ عِنْدَمَا يَكُونُ اطِّرَادُ الْحُكْمِ الْقِيَاسِيِّ مُؤَدِّيًا إِلَى حَرَجٍ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ، كَتَطْهِيرِ الآبَارِ وَالْحِيَاضِ؛ لأَنَّ الْقِيَاسَ أَلَّا تَطْهُرَ إِلَّا بِجَرَيَانِ الْمَاءِ عَلَيْهَا، وَفِيهِ حَرَجٌ شَدِيدٌ.

رَابِعًا- الاسْتِحْسَانُ الْقِيَاسِيُّ: وَهُوَ أَنْ يَعْدِلَ عَنْ حُكْمِ الْقِيَاسِ الظَّاهِرِ الْمُتَبَادِرِ إِلَى حُكْمٍ مُخَالِفٍ بِقِيَاسٍ آخَرَ هُوَ أَدَقُّ وَأَخْفَى مِنَ الْقِيَاسِ الأَوَّلِ، لَكِنَّهُ أَقْوَى حُجَّةً وَأَسَدُّ نَظَرًا. فَهُوَ عَلَى الْحَقِيقَةِ قِيَاسٌ سُمِّيَ اسْتِحْسَانًا، أَيْ: قِيَاسًا مُسْتَحْسَنًا لِلْفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَذَلِكَ كَالْحُكْمِ عَلَى سُؤْرِ سِبَاعِ الطَّيْرِ، فَالْقِيَاسُ نَجَاسَةُ سُؤْرِهَا قِيَاسًا عَلَى نَجَاسَةِ سُؤْرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ كَالأَسَدِ وَالنَّمِرِ؛ لأَنَّ السُّؤْرَ مُعْتَبَرٌ بِاللَّحْمِ، وَلَحْمُهَا نَجِسٌ.

وَالاسْتِحْسَانُ طَهَارَةُ سُؤْرِهَا قِيَاسًا عَلَى طَهَارَةِ سُؤْرِ الآدَمِيِّ، فَإِنَّ مَا يَتَّصِلُ بِالْمَاءِ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا طَاهِرٌ. وَإِنَّمَا رَجَحَ الْقِيَاسُ الثَّانِي لِضَعْفِ الْمُؤَثِّرِ فِي الْحُكْمِ فِي الْقِيَاسِ الأَوَّلِ، وَهُوَ مُخَالَطَةُ اللُّعَابِ النَّجِسِ لِلْمَاءِ فِي سُؤْرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ، فَإِنَّهُ مُنْتَفٍ فِي سِبَاعِ الطَّيْرِ إِذْ تَشْرَبُ بِمِنْقَارِهَا، وَهُوَ عَظْمٌ طَاهِرٌ جَافٌّ لَا لُعَابَ فِيهِ، فَانْتَفَتْ عِلَّةُ النَّجَاسَةِ فَكَانَ سُؤْرُهَا طَاهِرًا كَسُؤْرِ الآدَمِيِّ، لَكِنَّهُ مَكْرُوهٌ؛ لأَنَّهَا لَا تَحْتَرِزُ عَنِ الْمَيْتَةِ فَكَانَتْ كَالدَّجَاجَةِ الْمِخْلَاةِ.

انظر: إفاضة الأنوار بحاشية نسمات الأسحار ص١٥٥ ط. أولى، والمبسوط للسرخسي ١٠/١٤٥ ط. أولى، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/٢٢٢ ط. بولاق.

(١) ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) انظر: البدائع ٥/٣٨ - ٣٩، وحاشية ابن عابدين ١/١٤٨ و٥/١٩٣، ونهاية المحتاج ٨/١٤٣، والمقنع ٣/٥٢٨، والمغني مع الشرح الكبير ١١/٦٦، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/١١٧، وحاشيتا الرهوني وكنون ٣/٣٩.

وقال أهل الشام: لا بأس بأكله.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي خلافه **"أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية والبغال والخيل يوم خيبر"**، وعن علي وجابر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم **"أنه حرم لحوم الحُمر الأهلية يوم خيبر وأمرنا أن نكفأ القدور، وقال: إنها رجس"**[(١)] وحديثهم ورد في حالة الضرورة وهي حالة المخمصة، وإذا حرم اللحم حرم اللبن؛ لأنه متولد من اللحم، وكذا يكره شرب لبن الأتان للتداوي بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله فطاهر كما في بول ما يؤكل لحمه، وهما فرّقا وقالا: الأصل هو الكراهة فهمًا لقوله عليه السلام: **"إِنَّ اللهَ تعالى لَمْ يَجْعَل شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ"**[(٢)].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥٦/٤ (٢٩٩١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. قال البخاري: تابعه علي، عن سفيان؛ «رفع النبي صلى الله عليه وسلم يديه». وفي ٢٠٨/٤ (٣٦٤٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا أيوب. وفي ١٣١/٥ (٤١٩٨) قال: أخبرنا صدقة بن الفضل، قال: أخبرنا ابن عيينة، قال: حدثنا أيوب. وفي (٤١٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا أيوب. وفي ٩٥/٧ (٥٥٢٨) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب. و«مسلم» ٦٥/٦ (٥٠٦٠) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. وفي ٦٥/٦ (٥٠٦١) قال: حدثنا محمد بن منهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا هشام بن حسان. و«ابن ماجه» (٣١٩٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن أيوب. و«النسائي» ٥٦/١ و٢٠٣/٧، وفي «الكبرى» (٦٤ و٤٨٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٢٨٢٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام، عن محمد، عن أنس (ح) وأيوب، عن محمد (قال حماد: أظنه عن أنس). و«ابن حبان» (٥٢٧٤) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن أيوب.

كلاهما: (أيوب، وهشام) عن محمد بن سيرين، فذكره.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٤٠٢/١٢، رقم ٦٩٦٦) قال الهيثمي (٨٦/٥): رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق، وقد وثقه ابن حبان. والطبراني (٣٢٦/٢٣، رقم ٧٤٩)، =

ولكن في البول ورد حديث خاص فبقي ما عداه على الأصل[1].

=

والبيهقي (١٠/٥، رقم ١٩٤٦٣). وأخرجه أيضًا: إسحاق بن راهويه (١/١٣٩، رقم ٩٨)، وابن حبان (٤/٢٣٣، رقم ١٣٩١).

(١) عن أنس بن مالك: «أن ناسا من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة، فاجتووها، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة، فتشربوا من ألبانها وأبوالها، ففعلوا فصحوا، ثم مالوا على الرعاء فقتلوهم، وارتدوا عن الإسلام، وساقوا ذود رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فبعث في إثرهم، فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وتركهم في الحرة حتى ماتوا».

«البخاري» ١/٥٦ (٢٣٣) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي ٤/٦٢ (٣٠١٨) قال: حدثنا معلى بن أسد، قال: حدثنا وهيب، عن أيوب. وفي٦/٥٢ (٤٦١٠) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثنا ابن عون، قال: حدثني سلمان، أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ٨/١٦٢ (٦٨٠٢) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير. وفي ٨/١٦٣ (٦٨٠٣) قال: حدثنا محمد بن الصلت، أبو يعلى، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثني الأوزاعي، عن يحيى. وفي (٦٨٠٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن وهيب، عن أيوب. وفي (٦٨٠٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي ٩/٩ (٦٨٩٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو بشر، إسماعيل بن إبراهيم الأسدي، قال: حدثنا الحجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، من آل أبي قلابة. و«مسلم» ٥/١٠٢ (٤٣٦٩) قال: حدثنا أبو جعفر، محمد بن الصباح، وأبو بكر بن أبي شيبة، واللفظ لأبي بكر، قال: حدثنا ابن علية، عن حجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي (٤٣٧٠) قال: وحدثنا هارون بن عبد الله، قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي رجاء، مولى أبي قلابة. وفي (٤٣٧١) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا معاذ بن معاذ (ح) وحدثنا أحمد بن عثمان النوفلي، قال: حدثنا أزهر السمان، قالا: حدثنا ابن عون، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ٥/١٠٣ (٤٣٧٢) قال: وحدثنا الحسن بن أبي شعيب الحراني، قال: حدثنا مسكين، وهو ابن بكير الحراني، قال: أخبرنا الأوزاعي (ح) وحدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: أخبرنا محمد بن يوسف، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. و«أبو داود» (٤٣٦٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي (٤٣٦٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال:

=

=

حدثنا وهيب، عن أيوب بإسناده. وفي (٤٣٦٦) قال: حدثنا محمد بن الصباح بن سفيان، قال: أخبرنا (ح) وحدثنا عمرو بن عثمان، قال: حدثنا الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. و«النسائي» ٧/٩٣، وفي «الكبرى» (٣٤٧٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن حجاج الصواف، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ٧/٩٤، وفي «الكبرى» (٣٤٧٤ و١١٠٧٨) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار، عن الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى. وفي ٧/٩٥، وفي «الكبرى» (٣٤٧٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير. وفي ٧/٩٥، وفي «الكبرى» (٣٤٧٦) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٢٨١٦) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، عن حجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، مولى أبي قلابة. و«ابن حبان» (٤٤٦٧) قال: أخبرنا ابن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. وفي (٤٤٦٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، ببست، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي (٤٤٦٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، ومحمد بن عبيد بن حساب، قالا: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا أيوب. وفي (٤٤٧٠) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد المديني، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا ابن علية، قال: حدثنا الحجاج الصواف، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. ثلاثتهم: (أيوب، وأبو رجاء، ويحيى) عن أبي قلابة، فذكره.

وَقَد اسْتَدَلَّ بِهَذَا الْحَدِيثِ مَنْ قَالَ بِطَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْعِتْرَةِ وَالنَّخَعِيِّ وَالأَوْزَاعِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَطَائِفَةٍ مِن السَّلَفِ، وَوَافَقَهُمْ مِن الشَّافِعِيَّةِ ابْنُ خُزَيْمَةَ وَابْنُ الْمُنْذِرِ وَابْنُ حِبَّانَ وَالإِصْطَخْرِيُّ وَالرُّويَانِيُّ. أَمَّا فِي الإِبِلِ فَبِالنَّصِّ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهَا مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَبِالْقِيَاسِ. قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: وَمَنْ زَعَمَ أَنَّ هَذَا خَاصٌّ بِأُولَئِكَ الأَقْوَامِ فَلَمْ يُصِبْ إذ الْخَصَائِصُ لا تَثْبُتُ إلا بِدَلِيلٍ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ تَقْرِيرُ أَهْلِ الْعِلْمِ لِمَنْ يَبِيعُ أَبْعَارَ الْغَنَمِ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَاسْتِعْمَالُ أَبْوَالِ الإِبِلِ فِي أَدْوِيَتِهِمْ. وَيُؤَيِّدُهُ أَيْضًا أَنَّ الأَشْيَاءَ عَلَى الطَّهَارَةِ حَتَّى تَثْبُتَ النَّجَاسَةُ.

وَأُجِيبُ عَن التَّأْيِيدِ الأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ لا يَجِبُ إنْكَارُهُ، وَعَن الاحْتِجَاجِ بِالْحَدِيثِ بِأَنَّهَا حَالَةُ ضَرُورِيَّةٌ وَمَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ لا يُسَمَّى حَرَامًا وَقْتَ تَنَاوُلِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ وَمِنْ أَدِلَّةِ الْقَائِلِينَ بِالطَّهَارَةِ حَدِيثُ الإِذْنِ بِالصَّلاةِ فِي مَرَابِضِ الْغَنَمِ السَّابِقِ.

=

=

وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّهُ مُعَلَّلٌ بِأَنَّهَا لا تُؤْذِي كَالإِبِلِ، وَلا دَلالَةَ فِيهِ عَلَى جَوَازِ الْمُبَاشَرَةِ وَإِلا لَزِمَ نَجَاسَةُ أَبْوَالِ الإِبِلِ وَبَعْرِهَا لِلنَّهْيِ عَنِ الصَّلاةِ فِي مَبَارِكِهَا. وَيُرَدُّ هَذَا الْجَوَابُ بِأَنَّ الصَّلاةَ فِي مَرَابِضِ الْغَنَمِ تَسْتَلْزِمُ الْمُبَاشَرَةَ لآثَارِ الْخَارِجِ مِنْهَا، وَالتَّعْلِيلُ بِكَوْنِهَا لا تُؤْذِي أَمْرٌ وَرَاءَ ذَلِكَ، وَالتَّعْلِيلُ لِلنَّهْيِ عَنِ الصَّلاةِ فِي مَعَاطِنِ الإِبِلِ بِأَنَّهَا تُؤْذِي الْمُصَلِّي، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَانِعُ لا مَا كَانَ فِي الْمَعَاطِنِ مِنَ الأَبْوَالِ وَالْبَعْرِ.

وَاسْتَدَلَّ أَيْضًا بِحَدِيثِ: "لا بَأْسَ بِبَوْلِ مَا أُكِلَ لَحْمُهُ" عِنْدَ الدَّارَقُطْنِيِّ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَالْبَرَاءِ مَرْفُوعًا. وَأُجِيبُ بِأَنَّ فِي إِسْنَادِهِ عَمْرُو بْنُ الْحُسَيْنِ الْعُقَيْلِيّ وَهُوَ وَاهٍ جِدًّا، قَالَ أَبُو حَاتِمٍ: ذَاهِبُ الْحَدِيثِ لَيْسَ بِشَيْءٍ. وَقَالَ أَبُو زُرْعَةَ: وَاهِي الْحَدِيثِ، وَقَالَ الأَزْدِيُّ: ضَعِيفٌ جِدًّا.

وَقَالَ ابْنُ عَدِيٍّ: حَدَّثَ عَنِ الثِّقَاتِ بِغَيْرِ حَدِيثٍ مُنْكَرٍ وَهُوَ مَتْرُوكٌ. وَفِي إِسْنَادِهِ أَيْضًا يَحْيَى بْنُ الْعَلاءِ أَبُو عُمَرَ الْبَجَلِيُّ الرَّازِيّ، قَدْ ضَعَّفُوهُ جِدًّا. قَالَهُ الدَّارَقُطْنِيّ وَكَانَ وَكِيعٌ شَدِيد الْحَمْلِ عَلَيْهِ، وَقَالَ أَحْمَدُ: كَذَّابٌ، وَقَالَ يَحْيَى: لَيْسَ بِثِقَةٍ، وَقَالَ النَّسَائِيّ وَالأَزْدِيُّ: مَتْرُوكٌ، وَاحْتَجُّوا أَيْضًا بِحَدِيثِ "إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ" عِنْدَ مُسْلِمٍ وَالتِّرْمِذِيِّ وَأَبِي دَاوُد مِنْ حَدِيثِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ وَابْنِ حِبَّانَ وَالْبَيْهَقِيِّ مِنْ حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ، وَعِنْدَ التِّرْمِذِيِّ وَأَبِي دَاوُد مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ بِلَفْظِ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ كُلِّ دَوَاءٍ خَبِيثٍ" وَالتَّحْرِيمُ يَسْتَلْزِمُ النَّجَاسَةَ، وَالتَّحْلِيلُ يَسْتَلْزِمُ الطَّهَارَةَ، فَتَحْلِيلُ التَّدَاوِي بِهَا دَلِيلٌ عَلَى طَهَارَتِهَا، فَأَبْوَالُ الإِبِلِ وَمَا يَلْحَق بِهَا طَاهِرَةٌ.

وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الاخْتِيَارِ، وَأَمَّا فِي الضَّرُورَةِ فَلا يَكُونُ حَرَامًا كَالْمَيْتَةِ لِلْمُضْطَرِّ، فَالنَّهْيُ عَنِ التَّدَاوِي بِالْحَرَامِ بِاعْتِبَارِ الْحَالَةِ الَّتِي لا ضَرُورَةَ فِيهَا وَالإِذْنُ بِالتَّدَاوِي بِأَبْوَالِ الإِبِلِ بِاعْتِبَارِ حَالَةِ الضَّرُورَةِ، وَإِنْ كَانَ خَبِيثًا حَرَامًا، وَلَوْ سَلِمَ فَالتَّدَاوِي إِنَّمَا وَقَعَ بِأَبْوَالِ الإِبِلِ فَيَكُونُ خَاصًّا بِهَا، وَلا يَجُوزُ إِلْحَاقُ غَيْرِهِ بِهِ لِمَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا: "إِنَّ فِي أَبْوَالِ الإِبِلِ شِفَاءً لِلذَّرِبَةِ بُطُونُهُمْ" ذَكَرَهُ فِي الْفَتْحِ، وَالذَّرَبُ: فَسَادُ الْمَعِدَةِ، فَلا يُقَاسُ مَا ثَبَتَ أَنَّ فِيهِ دَوَاءً عَلَى مَا ثَبَتَ نَفْيُ الدَّوَاءِ عَنْهُ عَلَى أَنَّ حَدِيثَ تَحْرِيمِ التَّدَاوِي بِالْحَرَامِ وَقَعَ فِي جَوَابِ مَنْ سَأَلَ عَنِ التَّدَاوِي بِالْخَمْرِ، كَمَا فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ وَغَيْرِهِ، وَلا يَجُوزُ إِلْحَاقُ غَيْرِ الْمُسْكِرِ بِهِ مِنْ سَائِرِ النَّجَاسَاتِ، لأَنَّ شُرْبَ الْمُسْكِرِ يَجُرُّ إِلَى مَفَاسِدَ كَثِيرَةٍ، وَلأَنَّهُمْ كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ شِفَاءً، فَجَاءَ الشَّرْعُ بِخِلافِ ذَلِكَ. وَيُجَابُ بِأَنَّهُ قَصْرٌ لِلْعَامِّ عَلَى السَّبَبِ بِدُونِ مُوجِبٍ، وَالْمُعْتَبَرُ عُمُومُ اللَّفْظِ لا خُصُوصُ السَّبَبِ.

وَاحْتَجَّ الْقَائِلُونَ بِنَجَاسَةِ جَمِيعِ الأَبْوَالِ وَالأَزْبَالِ، وَهُم الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَفِيَّةُ، وَنَسَبَهُ فِي الْفَتْحِ إِلَى الْجُمْهُورِ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَزْمٍ فِي الْمُحَلَّى عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ السَّلَفِ بِالْحَدِيثِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ أَنَّهُ

=

=

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِقَبْرَيْنِ فَقَالَ: "إِنَّهُمَا لَيُعَذَّبَانِ وَمَا يُعَذَّبَانِ فِي كَبِيرٍ، أَمَّا أَحَدُهُمَا فَكَانَ لا يَسْتَنْزِهُ عَنِ الْبَوْلِ" الْحَدِيثَ.

قَالُوا: يَعُمُّ جِنْسَ الْبَوْلِ وَلَمْ يَخُصَّهُ بِبَوْلِ الإِنْسَانِ، وَلا أَخْرَجَ عَنْهُ بَوْلَ الْمَأْكُولِ، وَهَذَا الْحَدِيثُ غَايَةُ مَا تَمَسَّكُوا بِهِ. وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ بَوْلُ الإِنْسَانِ لِمَا فِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ بِلَفْظِ: "كَانَ لا يَسْتَنْزِهُ مِنْ بَوْلِهِ".

قَالَ الْبُخَارِيُّ: وَلَمْ يَذْكُرْ سِوَى بَوْلِ النَّاسِ، فَالتَّعْرِيفُ فِي الْبَوْلِ لِلْعَهْدِ، قَالَ ابْنُ بَطَّالٍ: أَرَادَ الْبُخَارِيُّ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ: كَانَ لا يَسْتَنْزِهُ مِنَ الْبَوْلِ: بَوْلِ الإِنْسَانِ لا بَوْلَ سَائِرِ الْحَيَوَانِ، فَلا يَكُونُ فِيهِ حُجَّةٌ لِمَنْ حَمَلَهُ عَلَى الْعُمُومِ فِي بَوْلِ جَمِيعِ الْحَيَوَانِ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ الرَّدَّ عَلَى الْخَطَّابِيِّ حَيْثُ قَالَ: فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى نَجَاسَةِ الأَبْوَالِ كُلِّهَا، قَالَ فِي الْفَتْحِ: وَمُحَصِّلُ الرَّدِّ أَنَّ الْعُمُومَ فِي رِوَايَةِ مِنَ الْبَوْلِ أُرِيدَ بِهِ الْخُصُوصُ لِقَوْلِهِ: "مِنْ بَوْلِهِ" أَوِ الأَلِفُ وَاللامُ بَدَلٌ مِنَ الضَّمِيرِ انْتَهَى.

وَالظَّاهِرُ طَهَارَةُ الأَبْوَالِ وَالأَزْبَالِ مِنْ كُلِّ حَيَوَانٍ يُؤْكَلُ لَحْمه تَمَسُّكًا بِالأَصْلِ وَاسْتِصْحَابًا لِلْبَرَاءَةِ الأَصْلِيَّةِ، وَالنَّجَاسَةُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ نَاقِلٌ عَنِ الْحُكْمِ الَّذِي يَقْتَضِيهِ الأَصْلُ وَالْبَرَاءَةُ فَلا يُقْبَلُ قَوْلُ مُدَّعِيهَا إِلا بِدَلِيلٍ يَصْلُحُ لِلنَّقْلِ عَنْهُمَا، وَلَمْ نَجِدْ لِلْقَائِلِينَ بِالنَّجَاسَةِ دَلِيلا كَذَلِكَ، وَغَايَةُ مَا جَاؤُوا بِهِ حَدِيثُ صَاحِبِ الْقَبْرِ وَهُوَ مَعَ كَوْنِهِ مُرَادًا بِهِ الْخُصُوصَ كَمَا سَلَفَ عُمُومٌ ظَنِّيُّ الدَّلالَةِ لا يَنْتَهِضُ عَلَى مُعَارَضَةِ تِلْكَ الأَدِلَّةِ الْمُعْتَضِدَةِ بِمَا سَلَفَ، وَقَدْ طَوَّلَ ابْنُ حَزْمٍ الظَّاهِرِيُّ فِي الْمُحَلَّى الْكَلامَ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِمَا لَمْ نَجِدْهُ لِغَيْرِهِ لَكِنَّهُ لَمْ يُدِرْ بَحْثَهُ عَلَى غَيْرِ حَدِيثِ صَاحِبِ الْقَبْرِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إِذَا كَانَ الْحُكْمُ بِطَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَزِبْلِهِ لِمَا تَقَدَّمَ حَتَّى يَرِدَ دَلِيلٌ، فَمَا الدَّلِيلُ عَلَى نَجَاسَةِ بَوْلِ غَيْرِ الْمَأْكُولِ وَزِبْلِهِ عَلَى الْعُمُومِ؟ قُلْتُ: قَدْ تَمَسَّكُوا بِحَدِيثِ: "إِنَّهَا رِكْسٌ" قَالَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الرَّوْثَةِ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ. وَبِمَا تَقَدَّمَ فِي بَوْلِ الآدَمِيِّ وَأَلْحَقُوا سَائِرَ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لا تُؤْكَلُ بِهِ بِجَامِعِ عَدَمِ الأَكْلِ وَهُوَ لا يَتِمُّ إِلا بَعْدَ تَسْلِيمِ أَنَّ عِلَّةَ النَّجَاسَةِ عَدَمُ الأَكْلِ وَهُوَ مُنْتَقِضٌ بِالْقَوْلِ بِنَجَاسَةِ زِبْلِ الْجَلالَةِ، وَالدَّفْعُ بِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي زِبْلِ الْجَلالَةِ هُوَ الاسْتِقْذَارُ مَنْقُوضٌ بِاسْتِلْزَامِهِ لِنَجَاسَةِ كُلِّ مُسْتَقْذَرٍ كَالطَّاهِرِ إِذَا صَارَ مُنْتِنًا، إِلا أَنْ يُقَالَ: إِنْ زِبْلَ الْجَلالَةِ هُوَ مَحْكُومٌ بِنَجَاسَتِهِ لا لِلاسْتِقْذَارِ، بَلْ لِكَوْنِهِ عَيْنَ النَّجَاسَةِ الأَصْلِيَّةِ الَّتِي جَلَّتْهَا الدَّابَّةُ لِعَدَمِ الاسْتِحَالَةِ التَّامَّةِ.

وَأَمَّا الاسْتِدْلال بِمَفْهُومِ حَدِيثِ: "لا بَأْسَ بِبَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ" الْمُتَقَدِّمِ فَغَيْرُ صَالِحٍ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ ضَعْفِهِ الَّذِي لا يَصْلُحُ مَعَهُ لِلاسْتِدْلالِ بِهِ حَتَّى قَالَ ابْنُ حَزْمٍ إِنَّهُ خَبَرٌ بَاطِلٌ مَوْضُوعٌ قَالَ: لأَنَّ فِي رِجَالِهِ سَوَّارُ بْنُ مُصْعَبٍ، وَهُوَ مَتْرُوكٌ عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ النَّقْلِ مُتَّفَقٌ عَلَى تَرْكِ الرِّوَايَةِ

=

ويكره لحم الخيل عند أبي حنيفة[1]، وعندهما: لا يكره، ثم قيل: إنه يكره عنده كراهة تنزيه.

والصحيح: أنه كراهة تحريم.

لهما: ما روى جابر: أن النبي صلى الله عليه وسلم **"نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وأذن في الخيل"**[2].

له: ما روى خالد بن الوليد: أن النبي صلى الله عليه وسلم **"نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير"**، والنهي يوجب الحرمة وحديثهما يوجب الإباحة، فقد اجتمع المبيح والمحرم ولم يعرف التاريخ منهما فيجعل التحريم متأخرًا احتياطًا لأمر الحرمة وتقليلا للنسخ.

=

عَنْهُ، يَرْوِي الْمَوْضُوعَاتِ، فَالَّذِي يَتَحَتَّمُ الْقَوْلُ بِهِ فِي الأَبْوَالِ وَالأَزْبَالِ هُوَ الاقْتِصَارُ عَلَى نَجَاسَةِ بَوْلِ الآدَمِيِّ وَزِبْلِهِ وَالرَّوْثَةِ.

وَقَدْ نَقَلَ التَّيْمِيُّ أَنَّ الرَّوْثَ مُخْتَصٌّ بِمَا يَكُونُ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ، وَلَكِنَّهُ زَادَ ابْنُ خُزَيْمَةَ فِي رِوَايَتِهِ "إِنَّهَا رِكْسٌ إِنَّهَا رَوْثَةُ حِمَارٍ".

وَأَمَّا سَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا فَإِن وَجَدْت فِي بَوْلِ بَعْضِهَا أَوْ زِبْلِهِ مَا يَقْتَضِي إِلْحَاقَهُ بِالْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ طَهَارَةً أَوْ نَجَاسَةً أَلْحَقْته وَإِنْ لَمْ تَجِدْ، فَالْمُتَوَجِّهُ الْبَقَاءُ عَلَى الأَصْلِ وَالْبَرَاءَةِ كَمَا عَرَفْت.

(١) انظر: الدر المختار بحاشية رد المختار ١٩٣/٥ - ١٩٤، ونقل هنا في رد المحتار عن الطحطاوي أن الخلاف في خيل البر، أما خيل البحر فلا تؤكل عند الحنفية اتفاقا.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٦/٥ (٤٢١٩) و٩٥/٧ (٥٥٢٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب. وفي (٥٥٢٠) قال: حدثنا مسدد. و«مسلم» ٦٥/٦ (٥٠٦٢) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو الربيع العتكي، وقتيبة بن سعيد. و«أبو داود» (٣٧٨٨) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«النسائي» ٢٠١/٧، وفي «الكبرى» (٦٦٠٧) قال: أخبرنا قتيبة، وأحمد بن عبدة. و«أبو يعلى» (١٩٩٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. وفي (٢١٥٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«ابن حبان» (٥٢٧٣) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا عمر بن يزيد السياري.

جميعهم (عفان بن مسلم، وحسن، وسريج بن النعمان، وأبو النعمان، محمد بن الفضل، وسليمان بن حرب، ومسدد بن مسرهد، ويحيى بن يحيى، وأبو الربيع العتكي، وقتيبة، وأحمد بن عبدة، وعبيد الله، وعبد الرحمن، وعمر) عن حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار، عن محمد بن علي، فذكره.

ويكره أكل الإبل والبقر الجلالة استحسانًا ولا يكره قياسًا، وهو قول مالك؛ لأن الجلة بعد الأكل صار لحمًا والنجس متى استحال إلى صلاح لا يكره أكله، فإن سائر الحيوانات خلقت من النطفة والعلقة ويحل أكلها لاستحالته إلى صلاح، وكالخمر إذا صارت خلا.

وجه الاستحسان: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن أكل الإبل الجلالة وشرب ألبانها**"(١) وهي إلى الأغلب من أكلها النجاسة ولأنه يوجب تغيير لحمه إلى خبث ونتن ورائحة كريهة وإن استحال أصل النجاسة، ولو بقي أصل النجاسة حرم الأكل، فإذا بقي أثرها كره، ولا يكره أكل الدجاجة المخلاة، وإن أكلت النجاسة؛ لأن لحم الدجاجة لا يتغير ولا ينتن بأكل النجاسة؛ لأنه يخلطها بغيرها، [فتأكل الجميع مع كون النجاسة قليلة](٢).

وإن حبست الجلالة أيامًا وتعلفت تحل؛ لأنه يزول نتنها بعلف طيب فتزول الكراهة بزوال النتن، ولم يقدر في الأصل مدة الحبس.

وذكر في (**النوادر**): أنه قدر في الإبل شهرًا، وفي رواية: أربعين يومًا. وفي البقرة عشرين يومًا، وفي الشاة عشرة أيام، وفي الدجاجة ثلاثة أيام.

وروى محمد عن أبي حنيفة أنه لم يوقت الحبس، بل تحبس حتى يطيب لحمها ويذهب نتنه.

ورُوي عن أبي يوسف: أن الدجاجة لا تحبس؛ لأنها لا تأكل الجيف كلها بل تأكل الحبة ومعها لوث النجاسة لكن يستحب أن تحبس يومًا أو يومين.

(**النوادر**): جدي ارتضع بلبن خنزير لا يكره أكله؛ لأنه يستحيل ولا يتغير لحمه به.

وذكر في (**العيون**): إن علف أيامًا فلا بأس به؛ لأنه بمنزلة الجلالة، والجلالة إذا حبست أيامًا وعلفت لا بأس به فكذا هذا.

---

(١) أخرجه أحمد ٢١٩/٢ (٧٠٣٩) قال: حدثنا مؤمل. و«أبو داود» (٣٨١١) قال: حدثنا سهل بن بكار. كلاهما: (مؤمل بن إسماعيل، وسهل بن بكار) قالا: حدثنا وهيب، قال: حدثنا ابن طاووس، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

ولا بأس بالشعير يوجد في بعر الإبل والشاة فيغسل ويؤكل، وإن كان في أخثاء البقر وروث الفرس لا يؤكل؛ لأن البعر صلب قل ما تدخل فيه النجاسة في أجزاء الشعير والحنطة.

ولا بأس بأكل دود الزيتون قبل أن تنفخ فيه الروح؛ لأنه إنما ينطلق اسم الميتة على من له روح فخرج منه.

ويكره رفع الجهد من السقاية وحمله إلى منزله؛ لأنه وضع للشرب لا للحمل، والحطب الذي يوجد في الماء إن كان لا قيمة له فهو حلال؛ لأنه مأذون بأخذه، وإن كان له قيمة حرام أخذه.

ويكره أكل الطين؛ لأنه يضر به، والإضرار بنفسه حرام.

قال مشايخنا: ولا بأس بمضغ العلك للنساء ويكره للرجال للنهي عن التشبه بفعلهن؛ لأن مضغ العلك في الأصل وُضِعَ للنساء قائمًا مقام السواك؛ لأنها تخاف من السواك سقوط سنها؛ لأن سنها [أضعف][1] من سن الرجل فأقيم العلك لهن مقام السواك؛ لأنه مما ينقي الأسنان ويشد اللثة كالسواك، ونظيره الخضاب لا بأس بخضاب اليد والرجل للنساء ما لم يكن خضاب فيه تماثيل، ويكره للرجال والصبيان؛ لأن ذلك تزين وأنه مباح للنساء دون الرجال.

ولا بأس بخضاب الرأس واللحية بالحناء والوسمة للرجال والنساء؛ لأن ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين إلى صاحبه.

رجل مر بالثمار الساقطة تحت الأشجار، فإن كان في المصر لا يسعه أن يتناول منها إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك؛ لأنه لا عادة في الإباحة في المصر، وإن كان في الحائط والكرم، فإن كان ثمارًا تبقى كالجوز ونحوه لا يأخذه إلا إذا علم الإذن به.

وإن كان مما لا يبقى فلا بأس به ما لم يتبين النهي عنه.

وإن كانت الثمار على الأشجار، فإنه لا يأخذ في موضع ما إلا بإذن صاحبه إلا

---

(١) هكذا بالأصل، وفي (س): أصغر.

أن يكون موضعًا كثير الثمار، ويعلم أنه لا يشق عليهم ذلك فيسعه الأكل دون الحمل، ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها وإن كثر؛ لأنه مما يفسد إذا ترك فيكون مأذونًا بالرفع دلالة.

رجل نثر السكر فوقع في حجر رجل فأخذه رجل آخر منه؛ إن كان صاحب الحجر فتح الحجر ليقع فيه السكر لا يجوز؛ لأنه أحرزه، وإلا فيجوز لأنه ما أحرزه، ونظيره رجل وضع طشتًا على سطحه فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفعه، فإن كان وضع صاحب الطشت لذلك فهو له، وإن لم يضع لذلك فهو للرافع؛ لأنه مباح غير محرز.

(باب الكراهية في استعمال آنية الذهب والفضة)

ويكره الأكل والشرب والادهان في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء جميعًا لما رُوي: **أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة، وقال: "من شرب منها فكأنما يُجَرْجِرُ[1] فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ"[2]**. ولأنه تشبيه بزي

(١) الْجَرْجَرَة: صَوْتٌ يُرَدِّدُهُ الْبَعِيرُ فِي حَنْجَرَتِهِ إِذَا هَاجَ، نَحْوَ صَوْتِ اللِّجَامِ فِي فَكِّ الْفَرَس. (فتح الباري) (ج١٦ص١١٧).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٤٦/٧ (٥٦٣٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك بن أنس، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر. و«مسلم» ١٣٤/٦ (٥٤٣٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٥٤٣٦) قال: وحدثناه قتيبة، ومحمد بن رمح، عن الليث بن سعد (ح) وحدثنيه علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية، عن أيوب (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا محمد بن بشر (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، والوليد بن شجاع، قالا: حدثنا علي بن مسهر، عن عبيد الله (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا الفضيل بن سليمان، قال: حدثنا موسى بن عقبة (ح) وحدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا جرير، يعني ابن حازم، عن عبد الرحمن السراج، كل هؤلاء عن نافع، بمثل حديث مالك بن أنس، بإسناده عن نافع. وفي ١٣٥/٦ (٥٤٣٧) قال: وحدثني زيد بن يزيد، أبو معن الرقاشي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن عثمان، يعني ابن مرة. و«ابن ماجه» (٣٤١٣) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث بن سعد، عن نافع، عن زيد بن =

المشركين وتنعم بنعمة المترفين، قال الله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠] وكذلك المجمر والأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة ونحو ذلك ما يقع الانتفاع به؛ لأن هذه المنفعة تختص بالبدن فصار كمنفعة الأكل والشرب(١).

وأما الإناء المفضض والمضبب فلا يكره الأكل والشرب فيه إذا لم يضع فمه على الفضة، وأبو يوسف كره ذلك، وكذلك الكرسي المضبب(٢) لا بأس بالجلوس عليه والانتفاع بها في غير موضع الذهب والفضة خلافًا لأبي يوسف، وكذلك لا بأس بتذهيب السقف خلافًا له، وكذلك الذهب والفضة على الثياب أو كانت حلقة المرآة من الذهب والفضة، وقيل: بأن قول محمد مثل قول أبي يوسف، وقيل: إن قوله مثل قول أبي حنيفة، فصار عن محمد روايتان.

لأبي يوسف: أن الذهب والفضة صار من أجزاء ذلك الشيء بالتفضيض وكل

=

عبد الله بن عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٨٤٣) قال: أخبرني شعيب بن يوسف، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٦٨٤٤) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل، عن أيوب، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٦٨٤٥) عن عمرو بن علي، عن عاصم بن هلال، عن أيوب، به. و«أبو يعلى» (٦٨٨٢) قال: حدثنا علي بن الجعد، قال: أخبرني صخر بن جويرية، عن نافع، قال: حدثني زيد بن عبد الله بن عمر. وفي (٦٩٣٩) قال: حدثنا سليمان بن عبد الجبار، قال: حدثنا أبو عاصم، عن عثمان بن مرة. وفي (٦٩٩٨) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله، قال: أخبرني نافع، عن زيد بن عبد الله. و«ابن حبان» (٥٣٤١) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا نوح بن حبيب، قال: حدثنا يحيى القطان، قال: حدثني عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٥٣٤٢) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر.

كلاهما: (زيد بن عبد الله، وعثمان بن مرة) عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين (٣٦٢/٦)، وتكملة فتح القدير (٩٦/٨)، ومواهب الجليل (١٢٤/١ - ١٢٥)، وأسنى المطالب (٢٧٦/١)، والروضة (٦٧/٢)، وكشاف القناع (٢٢٣٨/٢)، والإنصاف (١٤٤/٣ - ١٤٥)، والمغني (١٥/٣ - ١٦).

(٢) جاء هنا في الأصل: والمداهن والمجامر والمرآة المضببة. وسقط في باقي النسخ.

من استعمل إناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره.

لأبي حنيفة: أن هذا يقع لما ليس بذهب وفضة ولا يقصد الانتفاع به، والعبرة للمتبوع دون التبع كما في الجبة المكفوفة بالحرير وكالعلم في الثوب وهذا الاختلاف فيما إذا كان يخلص بالإذابة.

وأما الأواني المموهة بماء الذهب والفضة فلا بأس بالانتفاع بها بالإجماع، والتمويه ليس بشيء؛ لأنه لا يخلص بالإذابة.

ولو جعل المصحف مذهبًا أو مفضضًا لا بأس عند أبي يوسف في رواية، وفي رواية يكره أيضًا، ورخص أبو يوسف في حلية السيف والمنطقة؛ لأن الآثار قد وردت في باب السلاح بالرخصة.

ولو كان السكين مفضضًا كله مشددًا بالذهب والفضة يكره الانتفاع به إلا إذا كان على طرف المقبض بحيث لا تقع يده عليه، فإنه لا يكره.

وفي "نوادر" هشام عن محمد: في قارورة أو دشيشاية يصب منه الدهن على الرأس والأشنان ويده أكرهه ولا أكره الغالية، وفرق بينهما بأن في الغالية يدخل الإنسان فيه يده، فإذا أخرجه إلى الكف لم يكن استعمال له.

فأما الدهن، فإنه يستعمل نصيبه منه فأكرهه، ولا يسد الأسنان بالذهب، ولو جدع أنفه لا يتخذ أنفًا من ذهب، ويشده ويتخذه من فضة عند أبي حنيفة، وعند محمد رحمه الله: لا بأس به بالذهب أيضًا.

وذكر الكرخي قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: قوله مثل قول محمد.

لمحمد: حديث عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفًا من ورِق فأنتن عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بأن يتخذ أنفًا من ذهب، ولأن الذهب والفضة يستويان في حرمة الاستعمال والفضة حرام إلا عند الضرورة والحاجة، وقد اندفعت الضرورة بالأدنى وهو الفضة؛ لأن حرمة استعمال الذهب أقوى من استعمال الفضة، ألا ترى أنه يجوز التختم بالفضة ولا يجوز بالذهب، فلم يجعل ما لا ضرورة فيه، فأما حديثه قلنا ما اندفعت الحاجة والضرورة ثمة؛ لأنه أنتن.

وقال أبو حنيفة: إذا سقطت ثنية رجل، فإنه يكره أن يعيدها ويشدها بفضة أو ذهب ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيسد مكانها.

وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يشد سنَّة مكانها استحسانًا وإن كان سن غيره يكره.

لأبي حنيفة: أن السن نجس متى انفصل عن الآدمي الحي وصار بمنزلة السن الآدمي الميت لقوله عليه السلام: "**ما أبتن من الحي فهو ميت**"(١) فيكره إعادتها إلى مكانها كما يكره في سن ميت آخر.

لأبي يوسف: أن السن عظم لا ينجس بالموت؛ لأنه لا يحله الموت كسائر عظامه إلا أنه يكره الانتفاع بسن غيره لاحترامه لا لكونه نجسًا.

أما الانتفاع بسن نفسه ليس بحرام لاحترامه؛ لأن كونه محترما يظهر في حق غيره لا في حقه، ألا ترى أنه ينتفع به قبل انفصاله، فإذا أعادها إلى مكانها وشدها صار كأنها لم تنفصل.

وأما التحلي بالذهب والفضة كالسوار والخلجان والخاتم، فإنه يحل للنساء ويحرم للرجال إلا التختم بالفضة لما رُوي: **أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج ذات يوم وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب فقال: "هذان حرامان على ذكور أمتي حل لإناثها"**.

ويتختم بالفضة قدر المثقال أو دونه والتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعا لما رُوي عن النعمان بن بشير أنه قال: اتخذت خاتمًا من ذهب فدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**ما لك أخذت حلي أهل الجنة قبل أن تدخلها**" فرميت به فاتخذت خاتمًا من حديد، فلما دخلت عليه فقال: "**ما لك اتخذت حلي النار**" فرميت به فاتخذت خاتمًا من نحاس فدخلت عليه فقال: "**ما لي أجد منك ريح الأصنام**" فرميت به فقلت: كيف أصنع يا رسول الله، فقال: "**اتخذه من الورقِ ولا تزده على المثقال**".

ثم التختم إنما يكون سنة إذا كان له حاجة إلى التختم بأن كان سلطانا أو قاضيا، أما إذا لم يكن محتاجا إلى التختم فالترك أفضل، وإذا تختم ينبغي أن يجعل

---

(١) أخرجه الطبراني (٥٧/٢، رقم ١٢٧٦).

الفص إلى بطن الكف لا إلى ظهره بخلاف النسوان لأنهن يفطن للتزين والرجال للحاجة إلى التختم، ولا بأس بشد ثقب الفص بمسمار ذهب؛ لأنه قليل فلا يقع به الزينة الكاملة فصار كالقليل من الحرير وهو كالأعلام.

وذكر في (الأصل): لا بأس بالفص يكون من الحجر فيجعل فيه مسمار الذهب وهذا دليل على أن الفص يكون من الحجر ولا يكره ذلك؛ لأنه معيب جعل تبعا محضا فلم يكن به غيره.

ولو جعل فص الخاتم عقيقًا أو قيرًا أو ياقوتًا ونقش عليه اسمه أو اسمًا من أسماء الله تعالى لا بأس به لتعامل الناس بذلك من غير نكير.

(باب الكراهية في اللبس)

(المبسوط): ويكره لبس الحرير والقز للرجال ولا بأس به للنساء لما روينا ولما رُوي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال: "**إِنَّمَا يَلْبَسُه مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ**[١] **فِي الْآخِرَةِ**"[٢]، وكذلك يكره للصبيان الذكور والإثم في ذلك على من ألبسهم؛

---

(١) قَوْله: (مَنْ لَا خَلَاق لَهُ) أَيْ: لَا نَصِيب له.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤/٢ (٨٨٦) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٦٣/٣ (٢٦١٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي ١٥١/٧ (٥٨٤١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثني جويرية. وفي «الأدب المفرد» (٧١) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبدة، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٣٧/٦ (٥٤٥١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٥٤٥٢) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو أسامة (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، كلهم عن عبيد الله (ح) وحدثني سويد بن سعيد، قال: حدثنا حفص بن ميسرة، عن موسى بن عقبة. وفي ١٣٨/٦ (٥٤٥٣) قال: وحدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا جرير بن حازم. و«ابن ماجه» (٣٥٩١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (١٠٧٦ و٤٠٤٠) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«النسائي» ٩٦/٣، وفي «الكبرى» (١٦٩٨) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٩٤٩٨) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم، قال: حدثنا شعيب بن الليث، عن أبيه، عن محمد بن عبد الرحمن. و«أبو يعلى» (٥٨١٤) قال: حدثنا =

لأن النص جعله حرامًا على الذكور عاما فيكون إلباسه حرامًا، كشرب الخمر لما كان حرامًا كان سقيها حرامًا، ولا بأس بتوسده والنوم عليه للرجال.

وقال محمد: يكره ذلك أيضًا، وهو قول أبي يوسف، ذكره القدوري والقاضي أبو عاصم العامري.

وكذلك الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب، لهما: ما روينا عن عموم النهي والتحريم، ولأن التنعم بالجلوس والنوم عليه كالتنعم باللبس وذلك عادة المترفين.

له: ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان على بساطه مرفقة حرير، وعن أنس أنه حضر وليمة وجلس على وسادة من حرير عليها طيور، والنص العام ورد في اللبس والنوم دونه فلا يلحق به، ولأن النوم عليه والتوسد به امتهان للمحل يقضي فيه معنى التنعيم والتزين فلم يتعد حكم التحريم إليه من اللبس الذي هو زينة كاملة، ولو جعله دثارًا يكره؛ لأنه استعمال تام ويكره لبسه الحرير، وكذا الديباج والإبريسم ذكره محمد في نوادر ابن هشام؛ لأنه استعمال تام.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا بأس بالعلم في الثوب قدر أربع أصابع لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم **"نهى عن لبس الحرير إلا موضع القبضتين أو ثلاثة أو أربعة"** أراد به الأعلام، ولأن العلم تبع للثبوت في اللبس فلا يكون لابسا للحرير كقليل الذهب في الخاتم، ولأن العلم في الثياب معتاد من غير نكير من أحد فيكون إجماعًا.

وكذلك إذا كان العلم منسوجًا بالذهب فلا بأس به إذا كان قدر أربعة أصابع، وإن كان أكثر يكره، ولا بأس بلبس ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير، فإن لُبس

=

شيبان، قال: حدثنا جرير. و«ابن حبان» (٥٤٣٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

تسعتهم: (مالك بن أنس، وأيوب السختياني، وأيوب بن موسى، وعبيد الله بن عمر، وحنظلة بن أبي سفيان، وجويرية بن أسماء، وموسى بن عقبة، وجرير بن حازم، ومحمد بن عبد الرحمن) عن نافع، فذكره.

عامة الصحابة الخز مشهور والخز سداه حرير؛ لأن السدي فيه مستور فأشبه الحشو.

فأما اللحمة مزينة في مرأى العين فحصل التزين به، فعلى هذا لو كان السدي ظاهرًا كالقتابي يكره لبسه؛ لأن لابسه في مرأى العين لابس الحرير؛ لأن ما يبطن إذا كان حريرا يكره وما يظهر إذا كان قطنا لا بأس به، وإلى هذا المعنى أشار محمد في كتاب الرخصة في الإملاء، ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب اللحمة بالسدي فيضاف صيرورته ثوبا إلى اللحمة على ما هو الأصل أن الحكم يضاف إلى ما هو آخر الوصفين وجودا وعلى هذا يباح لبس العتابي، ولو كان لحمه حرير أو سداه غير حرير يكره في غير الحرب ولا بأس به في الحرب لمكان الحاجة إلى تهييب العدو وإلى دفع مضرة السلاح؛ لأن للغر أثرا في ذلك.

وأما ما هو حرير كله يكره لبسه في الحرب عند أبي حنيفة. وعندهما: لا بأس به؛ لحديث الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب، ولأن الحاجة ماسة إليه؛ لأن ما خلص منه أدفع لمضرة السلاح وأهيب للعدو.

له: عموم النهي، ولأن الضرورة تندفع بالأدنى وهو المخلوط لحصول التحمل والتهييب للعدو به ودفع المضرة؛ لأنه لو كان للخالص مزية الخلوص فللمخلوط مزية القوة والثخانة فاستويا فانعدمت الضرورة، والمحرم لا يرخص فيه إلا عند الضرورة وهذا إذا كان الثوب صفيقًا[1] يجيء منه الإيهاب للعدو في الحرب.

وأما إذا كان رقيقًا لا يجيء منه الإيهاب للعدو، فإنه يكره بالإجماع؛ لأنه انعدمت الضرورة، ولو جعل القز حشوا للقباء لا بأس به لأنه تبع، ولو جعله ظهارة أو بطانة فهو مكروه؛ لأن كليهما مقصود إذ المعنى لا يحصل لأيهما، وتكره الخرقة التي يمسح بها العرق؛ لأنه بدعة لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة، وإنما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم، ولأنه ضرب من التكبر والتجبر وتشبه بزي العجم، ولهذا قال عليه السلام: "وإياكم وأخلاق العجم" يعني في التربع وإظهار التجبر أو فيما يكون مخالفًا لأخلاق المسلم من أخلاق الأعاجم والمجوس.

---

(١) صفُق الثَّوبُ: كثُف نَسْجُه (ثوبٌ صفِيقٌ).

وكذلك الخرقة التي يمخط بها تكره، وأما إذا كانت لإماطة الأذى وإزالة القذر فلا تكره، والخرقة التي يمسح بها الوضوء قيل: لا بأس به لتوارث المسلمين.

وقال مشايخنا المتأخرين: من فعل ذلك تكثُّرًا فهو مكروه، ومن فعل ذلك لحاجة وضرورة لا يكره، ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء، فإن كان للتكبر يكره، وإن كان لحاجة لا يكره. ولا بأس بربط الخيط على إصبعه وخاتمه للحفظ وللحاجة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعض أصحابه بذلك، ولأنه لو كره إنما يكره لكونه عبثا وقد تعلق به ضرب فائدة وهو التأكيد في رعاية حقوق المسلم فيكون أقرب إلى الذكر وأبعد من النسيان مع ما فيه ضرب من التواضع وهو ترك الاعتماد على حفظه.

(باب ما يكره النظر واللمس وما لا يكره)

النساء على أربعة أنواع: منها زوجات ومملوكات، ومنها ذوات المحارم، ومنها مملوكات الغير، ومنها أجنبيات وذوات رحم غير محرم.

أما الزوجات والمملوكات: فيحل للزوج والمالك النظر والمس من قرفها إلى قدمها عن شهوة ويحل الاستمتاع بها في الفرج وما دون الفرج إلا في حالة الحيض لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ﴿٢٩﴾ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المعارج: ٢٩، ٣٠] من غير فصل ولا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة العلماء خلافًا لأصحاب الظواهر لما رُوي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**من أتى حائضًا أو امرأة في دبرها أو أتى كاهنا فصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد**".

والنظر إلى فرجها مباح لكنه غير أدب، وكذا النظر إلى فرج نفسه لقول عائشة رضي الله عنها: قُبِضَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت إلى مأمنه ولا نظر إلى مأمني.

وأما ذوات المحارم: فلا بأس بأن ينظر الرجل إلى مواضع الزينة من ذوات الرحم محرم منه من نسب أو سبب بالرضاع أو الصهرية وهي: الرأس والصدر والعضد والساق، ولا ينظر إلى بطنها وظهرها وما بين سرتها حتى يجاوز حافة

الركبة؛ لأن الله تعالى أمر بغض البصر مطلقًا لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] فأباح النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة جميعا للمحارم لقوله ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] والمراد بالزينة مواضعها لا نفس الزينة؛ لأنه مما يباح النظر إليه، ولكن كني بالزينة عن مواضعها فبقي ما عدا موضع الزينة داخلا تحت نص التحريم، ومواضع الزينة هي الرأس والشعر والصدر والعضد واليد والقدم والساق والوجه، ولأن المحرم يدخل عليها للزيارة ولصلة الرحم من غير استئذان وحشمة، وإنما تكون هي مكشوفة هذه المواضع مشمرة لأعمال البيت من الخبز والطبخ والغسل، فلو حرمنا عليه النظر إلى هذه المواضع للمحارم مع أمرهم إياه بصلة الرحم والزيارة كان ذلك إيقاعا لهم في الحرج، والحرج مدفوع شرعا وهذه الضرورة متحققة في مواضع الزينة لا فيما عداها، وما حل نظره منهن حل له مسه وغمره؛ لأن الأمة توارثت خلفا عن سلف من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في مصافحة المحارم ومعانقتهم من غير نكير، ولأنه أبيح لها المسافرة مع المحرم وفي المسافرة يحتاج إلى إنزالها وإركابها وذلك لا يتصور بدون المس وللضرورة أثر في الإباحة، وما كره النظر إليه كره مسه بطريق الأولى إلا مرور الثياب فلا بأس بأن يأخذ ببطنها وظهرها ويحملها وينزلها؛ لأنه لا يمكنه إركابها وإنزالها إلا بمس ظهرها وبطنها إلا أنه يمسها مع الثياب لا متجردة؛ لأن الضرورة تندفع بذلك وهذا إذا كان آمن عن الشهوة، وإن كان أكثر رأيه أنه يشتهي أو يشك فيه فليتجنب؛ لأنه إذا اشتهى كان سببا للوقوع في المعصية، وإن لم يمكنها الركوب والنزول بنفسها يتكلف ويجتهد بأثر ثياب حتى لا يصل إلى حرارة عضوها، فإن لم تجد الثياب ولم يجد بدًا من المس يتكلف لدفع الشهوة عن نفسه بقدر الإمكان.

وأما النوع الثالث وهي مملوكات الغير: فحكمها حكم ذوات المحارم في النظر والمس والحمل والإنزال سواء لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة، ومر ابن عمر رضي الله عنهما بأمة تباع فضرب يده على صدرها ومس ذراعيها، وبه جرى التوارث خلفا عن سلف من غير نكير، ولأن الأمة

تحتاج إلى الخروج في الحوائج والأخذ والإعطاء فتقع الضرورة إلى مس بعض أعضائها والنظر إليها، وكذا أمة زوجته تحتاج إلى أن تخدم زوجها بالادهان وغسل الرأس وغمره.

وكذلك أمة الابن لأب مولاها فالتحقت الأمة بالمحارم في حق الناس كافة دفعًا للحرج، وإنما يباح له النظر والمس بشرط عدم الشهوة في غير حالة الشراء، فأما عند الشراء يباح له النظر بالشهوة ولا يباح المس بالشهوة، والفرق بينهما أن المس بشهوة استمتاع بها حقيقة والاستمتاع بأمة الغير حرام، فأما النظر بشهوة ليس باستمتاع حقيقة، ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة ولا يفسد به الصوم إذا أنزل، وإنما حرم من حيث إنه سبب للوطء والنظر بشهوة عند إرادة الشراء سبب لوطء حلال فلا يكون حراما.

فأما الخلوة والمسافرة بأمة الغير لم يذكرها محمد في الكتاب واختلفوا فيها قيل: لأنها التحقت بالمحارم في حق إباحة النظر والمس، فكذا في حق الخلوة والمسافرة وقيل: لا يحل؛ لأنه كثرت الرغبة والشهوة للأجنبي إلى الأمة وقلّت الرغبة والشهوة في حق المحارم ولا ضرورة للأجنبي في حق الخلوة والمسافرة بالأمة الأجنبية، وفي المحارم ضرورة في المسافرة مع المحرم وكذا يحل للأمة النظر إلى الرجل الأجنبي إلى كل شيء منه ومسه وغمره ما خلا تحت سرته إلى ركبته؛ لأن ما عدا السرة إلى الركبة من الرجل ليس بعورة في حق المحارم في الإماء.

أما النوع الرابع وهو الأجنبيات وذوات رحم غير محرم: فلا يحل للأجنبي أن ينظر إلى شيء مكشوف منها إلا الوجه والكف، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه زاد القدم، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لا يحل النظر إلى شيء منها.

وجه ظاهر الرواية قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ الآية أنه الكحل والخاتم، والمراد به موضعهما والكحل

موضعه الوجه والخاتم موضعه اليد؛ ولأن المرأة لا بد لها من الخروج للمعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها، فلا بد لها من إبداء الكف للأخذ والإعطاء وكمن كشف وجهها لتعرف بوجهها فيتعامل معها، ويمكن للبائع مطالبتها بالثمن والرد عليها بالعيب؛ لأن كل أحد لا يعامل معها إذا لم تعرف بوجهها فكان لها في الإبداء ضرورة وللضرورة أثر في الإباحة ولا ضرورة في العدم، ولا يجوز النظر إليه، فالعدم عورة في حق النظر وليس بعورة في حق جواز الصلاة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه زاد القدم، وهكذا ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه ليس بعورة في حق النظر لأنها تحتاج إلى المشي فيبدو قدمها فصار كالكف ولا ينظر إلى وجهها وكفها بشهوة؛ لأنه نوع استمتاع بها وإنه حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "**العينان تزنيان**"[1] ولا بأس بالنظر إلى وجهها في التزويج والشهادة والقضاء عليها، وإن لم يأمن الشهوة؛ لأن في حالة الشهادة والقضاء عليها ضرورة ماسة؛ لأنه لا يصح ذلك مع جهالة الوجه وللضرورة الماسّة أثر في إباحة النظر، وإن كان بشهوة بخلاف المعاملة لأنها مع مجهولة الوجه جائزة ولكن لا يعاملها كل أحد فكان فيه حرجا ولم يكن فيه ضرورة ماسة فأبحنا النظر بغير شهوة؛ لأن الحرج يندفع به[2].

فأما التزويج فلقوله عليه السلام لمغيرة بن شعبة: "**انظرها كان أَحْرَى**[3] **أَنْ يُؤْدَمَ**

---

(١) أخرجه أحمد ٣٧٢/٢ (٨٨٣٠) قال: حدثنا سليمان، قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٤١١/٢ (٩٣٢٠) قال: حدثنا عفان، قال: حدثني عبد الرحمن بن إبراهيم. و«أبو يعلى» (٦٥٠١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن حبان» (٤٤١٩) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. ثلاثتهم: (إسماعيل بن جعفر، وعبد الرحمن بن إبراهيم، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٢ ط. م الكليات الأزهرية، وحاشية ابن عابدين ٨/٣ وما بعدها ط. مصطفى الحلبي بمصر، وحاشية الدسوقي ٢١٥/٢، ونهاية المحتاج ١٨٣/٦، والمغني ٥٥٣/٦ وما بعدها، والمبدع في شرح المقنع ٧/٧ وما بعدها.

(٣) أي: أَجْدَرُ وَأَوْلَى وَأَنْسَبُ. تحفة الأحوذي (ج٣/ ص١٥٣).

بَيْنَكُمَا[(١)]"[(٢)]، ولأن النظر إليها بشهوة إنما يصير سببًا لوطئ حلال فلا يكون حرامًا، ولا يمس وجهها ولا يدها إذا كانت شابة مشتهاة؛ لأن المس أغلظ من النظر في إثارة الشهوة وتهييجها ولا ضرورة فيه فلا يباح المس مع انعدام الضرورة، ولا بأس بمصافحة العجوزة التي لا تشتهى.

وذكر بعد هذا: ولا تمس المرأة الرجل وهما شابان، وإن كانا كبيرين مأمونين فلا بأس بالمصافحة دون المس فقد شرط لإباحة المصافحة كونهما كبيرين مأمونين وفي الرواية الأولى شرط لإباحة المصافحة كون أحدهما كبيرًا فحصل في المسألة روايتان، وجه الرواية الأولى أن أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كمصافحة الصغيرة سواء كانت الصغيرة ماسة له أو البالغ ماسا لها. وجه رواية الأخيرة: أن الشاب إذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لأنها كانت علمت بملاذِّ الوطء واحترمت فيؤدي ذلك إلى الاشتهاء في أحد الجانبين والاشتهاء حرام فما يكون سببًا له يكون حرامًا بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرًا؛ لأن المصافحة لا تؤدي إلى الاشتهاء من الجانبين جميعا؛ لأن البالغ كما لا يشتهي بمسه الصغيرة فالصغيرة لا تشتهي بمسه أيضًا؛ لأنها لم تختبر بالوطء ولا علمت بحاله ولا بأس بتأمل جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فيغض بصره لقوله صلى الله

(١) أَيْ: يُوقَعَ الْأَدْمُ بَيْنَكُمَا، يَعْنِي يَكُونُ بَيْنَكُمَا الْأُلْفَةُ وَالْمَحَبَّةُ؛ لِأَنَّ تَزَوُّجَهَا إِذَا كَانَ بَعْدَ مَعْرِفَةٍ، فَلَا يَكُونُ بَعْدَهَا غَالِبًا نَدَامَةٌ. تحفة الأحوذي (ج٣/ ص١٥٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٣٥) عن الثوري، عن عاصم الأحول (ح) وأخبرنا معمر، عن ثابت البناني. و«ابن أبي شيبة» ٤/٣٥٥: ٢ (١٧٦٧٧) قال: حدثنا أبو معاوية، عن عاصم. و«أحمد» ٤/٢٤٤ (١٨٣١٧) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن عاصم الأحول. وفي ٤/٢٤٦ (١٨٣٣٥ و١٨٣٣٦) قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا عاصم. و«الدارمي» (٢٣١١) قال: أخبرنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان، عن عاصم الأحول. و«ابن ماجه» (١٨٦٦) قال: حدثنا الحسن بن أبي الربيع، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن ثابت البناني. و«الترمذي» (١٠٨٧) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا ابن أبي زائدة، قال: حدثني عاصم بن سليمان، هو الأحول. و«النسائي» ٦/٦٩، وفي «الكبرى» (٥٣٢٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: حدثنا حفص بن غياث، قال: حدثنا عاصم. كلاهما: (عاصم بن سليمان الأحول، وثابت البناني) عن بكر بن عبد الله، فذكره.

عليه وسلم: "**من تأمل خلق امرأة ورأى ثيابها حين تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة**"، ولأنه متى لم يصف ما تحتها من جسدها يكون ناظرا إلى ثيابها وقامتها دون سائر أعضائها فكأنه نظر إلى خيمةٍ فيها امرأة ومتى كان يصف ما تحتها يكون ناظرًا إلى أعضائها من وجه قدر ما تصفه الثياب، وتنظر الحرة الأجنبية من الرجل، وينظر الرجل والمرأة إلى كل شيء سوى ما تحت السرة إلى الركبة؛ لأن ما عدا ما بين الركبة إلى السرة من الرجل ليس بعورة؛ لأنه يحتاج إلى كشفه للأعمال، فإن الرجال قد تكون في إزار واحد في الأسواق، ولهذا جاز صلاته بإزار واحد.

فأما المرأة كلها عورة، ولهذا لا يجوز لها الصلاة إذا كان ذلك مكشوفا إلا أنه أبيح كشفه في حقهن للضرورة لأنها تحتاج إلى غسل غيرها حالة الحياة في الحمام وغيره وكذا بعد الممات، فسقط اعتبار عورتها للضرورة في حق النساء مع أن النظر منهن إلى جسمهن لا يصير سببا للوقوع في الحرام. ولا يحل للأجنبية مس شيء من الأجنبي لأنها متى مست أعضاء الرجل يصير الرجل ماسًا لها؛ لأن المس لا يتصور إلا باثنتين فربما يؤدي إلى الوقوع في الفتنة، والركبة عورة والسرة ليست بعورة، وعند الشافعي على عكسه، والأحوط قولنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**العورة ما بين السرة إلى الركبة**" فقد جعلها غاية والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية إلا بدليل وقد قام الدليل على دخول الركبة تحت المضروب له الغاية دون السرة؛ لأن الركبة تجمع عظم الفخذ وعظم الساق والفخذ عورة والساق لا ولا يمكن التمييز بينهما فقد اجتمع الحظر والإباحة في الركبة فيترجح الحظر على الإباحة ويجعل الكل عورة احتياطا للحرمة ولا كذلك السرة فبقيت غاية فلا تدخل تحت المضروب له الغاية وهي العورة.

وهكذا رُوي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما: السرة ليست بعورة.

وحُكِي أن أبا حنيفة رضي الله عنه دخل الحمام فرأى رجلا مكشوف العورة يقال له شيطرتا وكان رجلًا متكلمًا، فغض أبو حنيفة بصره، فقال لأبي حنيفة: مذ كم أعمى الله بصرك، فقال: مذ كم هتك الله سترك.

والنظر إلى العورة حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ملعون من نظر إلى سوأة**

أخيه"، ولا بأس بأن تنظر المرأة من المرأة إلى موضع الفرج عند الولادة وتعرف البكارة والرجل إلى موضع ختان الرجل عند الحاجة؛ لأن القابلة متى لم تنظر إلى موضع فرجها ربما يؤدي إلى تلف الأم أو الولد، والختان من شعائر الإسلام لا يسع تركه بمنزلة الواجب والضرورة ماسة لتعرف البكارة لفصل الخصومة والمنازعة والضرورة تبيح المحظور، ألا ترى أنه يجوز النظر إلى الفرج لتحمل الشبهة على الزنا فلأن يجوز لهذه الأعذار أولى.

وإن أصابت امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل النظر إليه علَّم امرأة دواها ليداويها؛ لأن النظر من المرأة أخف في الحرمة، فإن لم يجد امرأة أو وجد ولكنها لا تعلم نظر هو وستر كل شيء سوى القرحة وغض بصره ما أمكن؛ لأن الإباحة للضرورة فتتقدر بقدر الضرورة وسواء فيه المحارم وغيرهن؛ لأن النظر إلى هذه المواضع حرام على المحرم والعبد البالغ لا ينظر إلى مولاته كالحر الأجنبي خصيًّا كان أو فحلاً.

وقال مالك وهو أحد قولي الشافعي: إن العبد بمنزلة المحرم.

والصحيح قولنا؛ لأنه ليس بينهما محرمية التي هي مقللة للرغبة والشهوة فكثرت الرغبة والشهوة إلى مولاته فيتساوى الحر الأجنبي في المعنى الداعي إلى الحرمة وهو الشهوة والخصي فيه شهوة والمجبوب إن كان لا يتصور منه الوطء فالاشتهاء منه متصور بالنظر إلى مواضع زينتها فيصير سببا للنظر عن شهوة أو للمس عن شهوة وإنه حرام إلا أنه يدخل العبد على مولاته بغير إذن لحاجة الخدمة وقوله تعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ﴾ [النساء: ٣] نزل في الإماء دون العبيد هكذا رُوي عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا يغرنكم قوله تعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ﴾ الآية؛ لأنه عنى به الإماء دون العبيد وقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] على الصغار المماليك أو الطفل على الصغار من القرابات.

(الجامع الصغير): ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا بأس بالمصافحة.

وذكر الطحاوي في "شرح الآثار": أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، فأما

المكروه ما يكون على سبيل اللهو واللعب قال عليه السلام: "إياكم عن صَوْتَيْنِ أَحْمَقَيْنِ فَاجِرَيْنِ: صوت الغناء، فإنه مزمار الشيطان، وصَوْتٍ عِنْدَ مُصِيبَةٍ، خَمْشِ وُجُوهٍ، وَشَقِّ جُيُوبٍ، وَرَنَّةِ شَيْطَانٍ"(١) يعني رفع الصوت عند المصيبة(٢).

وعن الحسين بن زيادة: لا بأس بأن يكون في العرس دف يضرب به ليشهر ويعلن النكاح.

وسُئل أبو يوسف عن الدف أتكرهه في غير العرس بأن تضرب المرأة في غير فسق للصبي؟ قال: لا أكرهه، وأما الذي يجيء منه اللعب الفاحش للغناء فإني أكرهه.

رجل دُعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة غناء فلا بأس بأن يبتعد ويأكل.

وقال أبو حنيفة: ابتليت بهذا فصبرت، وهذا لأن إجابة الدعوة مسنونة مندوبة ولا ينزل المسنون لعصيان يقع من الغير كما لا يجوز ترك الصلاة على الميت، وإن حضرها نياحة النساء هذا إذا كان الغناء في منزل، فإن كان على المائدة فلا ينبغي أن يبتعد

=

(٦٩٣٢) قال: أخبرنا حميد بن مسعدة، وإسماعيل بن مسعود، قالا: حدثنا بشر. وفي ٢٧/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٣٣ و٨٢٣٢) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا خالد. و«ابن حبان» (٦٤٩٠) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا زياد بن أيوب الطوسي، قال: حدثنا مروان بن معاوية.

عشرتهم: (سليمان بن حيان، أبو خالد الأحمر، وابن أبي عدي، ومحمد بن عبد الله الأنصاري، وعبد الأعلى، وزياد البكائي، وعبد الله بن بكر، ومروان بن معاوية الفزاري، وخالد، والمعتمر، وبشر بن المفضل) عن حميد الطويل، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٩٠/٣ (١٢٢٣٨) و٣٤١/٨ (٢٥٨٧٦) قال: حدثنا وكيع، وعلي بن هاشم. وفي ٣٩٣/٣ (١٢٢٥١) قال: حدثنا علي بن هاشم. و«عبد بن حميد» (١٠٠٧) قال: أخبرنا عبيد الله بن موسى. و«الترمذي» (١٠٠٥) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس. أربعتهم: (وكيع بن الجراح، وعلي، وعبيد الله، وعيسى) عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عطاء، فذكره.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان والبزازية مع الفتاوى الهندية ١٩٠/١، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣٨٣/١، وحاشية ابن عابدين ٦٠٧/١، وحاشية الدسوقي ٤٢٢/١، جواهر الإكليل ١١٢/١، مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٢٣٥/٢، والخرشي مع حاشية العدوي ١٣٣/٢.

هناك بل يخرج في الوجهين جميعا؛ لأن ذلك يشين الدين ويفتح باب المعصية على المسلمين.

وقول أبي حنيفة: ابتليت؛ كان ذلك قبل أن يصير مقتدى به، هذا إذا حضر ثم علم، وإن علم بذلك قبل الحضور، فإنه لا يحضر في الوجهين جميعا؛ لأن حق الوليمة لم يلزمه هنا. ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لعن الله الفروج على السروج**"[١] وهذا إذا ركبت متلهية أو مزينة لتعرض نفسها على الرجال، فإن ركبت لحاجتها إلى ذلك للجهاد أو للخروج مع زوجها فركبت مستترة فلا بأس به. رجل أظهر الفسق في داره ينبغي للإمام أن يتقدم إليه لإيلاء العذر، فإن كف عنه لم يتعرض له، وإن لم يكف فالإمام بالخيار إن شاء حبسه وإن شاء أدبه سياطا، وإن شاء أرجعه عن داره؛ لأن الكل يصلح للتعزير.

قال أبو يوسف في دار يسمع منها صوت مزامير ومعازف: ادخل عليهم بغير إذنهم؛ لأن النهي والزجر عن المنكر فرض، فلو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع الناس عن إقامة هذا الفرض، ولو رأى منكرًا وهو ممن يرتكب هذا المنكر يلزمه أن ينهى عنه؛ لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر، فإذا ترك أحدهما لا يترك الآخر.

(باب الكراهية في القتل والجرح وإيصال الألم إلى الحيوانات)

(النوادر): امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بقطع الولد إربًا إربا، ولو لم يفعل يخاف على الأم، فإن كان الولد ميتًا في البطن لا بأس به، وإن كان حيًا لا يجوز؛ لأن هذا قتل نفس لصيانة نفس آخر، وهذا شيء لم يرد الشرع به.

---

(١) أخرجه ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ذوات الفروج أن يركبن السروج، فإن الاستدلال بالحديث المذكور على أن الفرج من الأعضاء التي يعبر به عن جملة المرأة، كالوجه، والعنق.

امرأة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد، فإن كان أكثر رأيه أنه حي يشق بطنها؛ لأن ذلك سبب إلى إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الآدمي وحرمته، وترك التعظيم أهون من إتلاف الآدمي فجاز، ألا ترى لو أن نُفَّسًا مسلمات متن في دار الحرب ويطأ أهل الحرب النساء الأموات يسعنا أن نحرقهن بالنار فالتي في بطنها ولد أولى أن يشق بطنها. ويشق بطنها من الجانب الأيسر لما رُوي: أن الله تعالى خلق حواء من الضلع الأيسر فالولد يكون من الجانب الأيسر، ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ثم رؤيت في المنام أنها تقول: ولدت، لا ينبش القبر؛ لأن الظاهر أنها لو ولدت كان الولد ميتًا.

امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يُستَبن شيء من خلقه؛ لأنه ما لم يُستَبن منه شيء من خلقه لا يكون ولد.

وعن محمد: رجل ابتلع دراهم أو دنانير لرجل فمات المبتلع ولم يترك مالًا فعليه القيمة ولا يشق بطنه؛ لأنه لا يجوز إبطال حرمة الأعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال ولا كذلك المسألة المتقدمة.

وذكر الشيخ أبو عبد الله الجرجاني في كتاب الحيطان: قال أبو حنيفة: وجدت مقصوصا عن أصحابنا المتقدمين أنه يشق بطنه للحال؛ لأن المانع إما حق الله تعالى أو حق الميت وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لحاجة العبد وافتقاره ومقدم على حق الغير في هذه الصورة أيضًا؛ لأنه مظلوم والمبتلع الميت ظالم متعدٍّ.

وعلى هذا قالوا: إن نعامة إذا ابتلعت لؤلؤة الغير أو دخل قرن شاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر أيهما أكبر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويملك ملك صاحبه ويكون مخيرا أتلف أيهما شاء.

وكذلك إذا كان للمستأجر حب في دار مستأجرة ولم يمكن إخراجه ينظر أيهما أكثر قيمة، ما ينهدم في الحائط بإخراج الحب أو قيمة الحب فأيهما أكبر قيمة أمر بدفع قيمة الآخر إلى شريكه.

امرأة أتى على حملها شهران وأرادت أن تلقي العلق على الطهر لا حل الدم سئل من أهل الطب، فإن قالوا: يضر بالحمل؛ لا تفعل وكذا الفصد والحجامة حتى

لا يضر بالولد قالوا: ولا ينبغي لها أن تفعل إلقاء العلق والحجامة ما لم يتحرك الولد، فإذا تحرك لا بأس به ما لم يقرب الولادة، فإذا قربت فلا تفعل.

فأما الفصد فالامتناع منه أفضل في حالة الحمل؛ لأنه يخاف على الولد بآفة ولا بأس بإلقائه في الشمس لتموت الديدان؛ لأن فيه منفعة للناس، ألا ترى أن السمكة تلقى في الشمس فتموت.

فأما قتل النملة قيل: لا بأس مطلقا، وقيل: إن ابتدأت بالأذى فلا بأس لأنها مؤذية، وإن لم تبتدئ يكره وهو المختار لما رُوي أن نبيًّا من الأنبياء قرصته نملة فأحرق بيت النمل فأوحى الله إليه: هلا نملة واحدة؛ أي: هلا قتلت تلك الواحدة؛ فيه دليل على جواز قتلها عند الأذى، وعلى عدم الجواز في غير حالة الأذى واتفقوا أنه يكره إلقاؤها في الماء، وقتل القملة يجوز بكل حالة لأنها مؤذية بكل حالة. إحراق القمل والعقرب مكروه بالنار لما جاء في الحديث لا يعذب بالنار إلا ربها. وأما طرحها حيًّا مباح ويكره من طريق الأدب، ويحل قتل الجراد؛ لأنه صيد لا سيما إذا كان فيه ضرر عام.

ولا بأس بقتل الكلب العقور لأنه يعض كل مار يمر عليه؛ لأن دفع الضرر واجب، فإن عضَّ هل يجب الضمان على صاحبه، فإن لم يتقدموا على صاحب الكلب قبل العض فلا ضمان عليه؛ لأن فعله مقصور عليه، وإن تقدموا فعليه، وهذا بمنزلة الحائط المائل، ذكره الناطفي في أجناسه وفيه نظر؛ لأن في الحائط وجد من صاحبه التسبيب وهنا لم يوجد منه التسبيب؛ لأن فعل الكلب غير مضاف إلى صاحبه؛ لأنه لا يصلح آلة له.

قرية فيها كلاب كثيرة، ولأهل القرية منها ضرر يؤخذ أرباب الكلاب أن يقتلوا الكلاب؛ لأن دفع الضرر واجب وإن أبوا رفعوا الأمر إلى القاضي حتى يكرههم، ذلك لأن القاضي نُصِبَ لدفع الضرر ولا ينبغي للرجل أن يتخذ في داره كلبًا إلا كلبًا للحراسة؛ لأن كل دار فيها كلب لا تدخل فيه الملائكة.

الهرة إذا كانت مؤذية لا بأس بذبحها بالسكين لدفع الأذى، ويكره ضربها وتعريك أذنها؛ لأن بذلك لا يندفع الأذى فيكون تعذيبا للحيوان بلا فائدة.

ولا بأس بثقب أذن البنات الأطفال لأنهم كانوا يفعلون ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار، ولأنه إيلام لمنفعة الزينة، ولا بأس بإخصاء

الصبيان إذا كان لداء أصابهم؛ لأن ذلك مداواة، وكذا لا بأس على البهائم للعاهة، وإخصاء البهائم وإخصاء الهرة إذا كان يراد صلاح البهائم؛ لأنه لا طريق للوصول إلى هذا الحبس في المنفعة إلا به.

وذكر محمد في (السير الكبير): لا يخصى الفرس أولى؛ لأنه يقطع صهيله، وفي صهيله إرعاب للعدو وإرهابه، ولو فُعِلَ لا بأس به.

وفي مختصر الطحاوي: لا بأس بإخصاء البهائم ونزو الحمير على الخيل، ويكره كسب الخصيان من بني آدم واستخدامهم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لولا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخصونهم ويكتسبون.

وقال محمد: لا بأس باقتناء الخصيان ودخولهم على النسوان ما لم يبلغوا الحلم، وحدّه إذا بلغ الخصي خمس عشرة سنة؛ لأنه لا يحتلم، فقدر الحلم بالسنين والواحد والكثير فيه سواء.

قال [أبو يوسف][(١)]: للأب أن يختن ولده الصغير ويحجمه ويداويه ويبط قرحه[(٢)] وكذا أب الأب ووصيهما، وقد جاء في الحديث: "**الختان سنة يحارب على تركها**" حتى لو اجتمع أهل مصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه، وقد ذكرنا وقت الختان في كتاب النكاح في باب نكاح الصغائر.

غلام ختن فلم تقطع الجلدة كلها ينظر إن كان قطع أكثر من النصف يكون ختانا؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، وإن قطع النصف أو أقل لا يكون ختانا لانعدام الختان حقيقة وحكما، والأصل أن إيصال الألم إلى الحيوان لمصالح تعود إلى الحيوان يجوز في الشرع كالختان.

صبي ولد وهو يشبه المختون لا يقطع منه شيء حتى يكون ما يواري الحشفة فيقطع الفضل عن ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو حنيفة.

(٢) انظر: الفرائد البهية في القواعد الفقهية ١/٢٤٧.

ويجوز مداواة الجراحات خلافًا لبعض الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء إلا السام والهرم**" إلا أنه إذا كان يعتقد أن الدواء هو الذي يشفيه، فإنه لا يحل له أن يشتغل بالتداوي، وإن كان يعلم أن الشافي هو الله وإنه جعل الدواء سببًا فلا بأس بالتداوي. ويجوز المداواة بعظم بالي؛ لأن العظم لا ينجس بالموت على أصلنا ويكره بعظم الإنسان والخنزير؛ لأنه يحرم الانتفاع به لاحترام الآدمي لا لنجاسته ولكون الخنزير نجس العين.

رجل شفي بطنه لا بأس بأن يشق عنه، وكذلك اليد والرجل إن أصابته الأكلة لا بأس بقطعها، وكذلك الخصي إذا كان به حصاة لا بأس بأن يشق وهو بمنزلة الكي.

وقال محمد في الجراحات المخوفة والقروح العظيمة والحصيات الواقعة في المثانة وما يجري مجراه من العلل التي يخشى التلف منها ينظر إن قيل ينجو أو قد يموت يعالج لما فيه احتمال استيفاء حياته، وإن قيل لا ينجو أصلا ينزل ولا يداوى؛ لأنه لا فائدة في معالجته.

وذكر ابن شجاع في كتاب الحلال والحرام: رجل ابن خمسين سنة أو أكثر وقع في مثانته حجر أنه لا يخرجه فإني أخاف أن لا يلئمه.

وقد جاء في الحديث: "**تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار**"؛ لأن العثار يكون من سوء إمساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فيؤدب على ذلك.

وعن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى أصحاب السكك ينهاهم عن الركض بتكلف، والمراد به النخاسون؛ لأن في الركض إتعاب الدابة من غير حاجة إليه، وكذلك الركض بتكلف للعرض على المشتري مكروه؛ لأن ذلك يغري المشتري، والغَرور حرام.

فأما تحسين الدابة وركنها في عرض صحيح في الجهاد أو غيره لا بأس وللملهى مكروه؛ لأنا أمرنا بالإحسان إلى الحيوان لإرهاب العدو بها فلا يجوز إتعابها بالركض للتلهِّي.

ويكره تعلم البازي بالطير الحي يأخذه ويعذبه، ولا بأس بأن يعلمه بالمذبوح.

القاضي وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذلك عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم؛ لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون حجرا بل يكون حجرا منوي في ذلك.

وقال بعض مشايخنا: إن المحتكر إذا امتنع عن البيع يبيعه الإمام عليه عندهم جميعا؛ لأن الضرر في هذا عام، وأبو حنيفة يرى الحجر إذا عم الضرر كما تبين في كتاب الحجر والشرائع إذا رفع إلى القاضي هذا الأمر، يأمر المحتكر بأن يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه، فإن رفع إليه مرة أخرى وهو على احتكاره مصرٌّ وعظه وهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى ألان حبسه وعزَّره حتى يمتنع عن شر صنعه وسوء فعله.

وكذا تلقِّي الركبان منهي إذا كان يضرُّ ذلك بأهل المصر لما روي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقِّي الركبان**".

اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع فيما بينهم فتقدم رجل إلى رجل منهم وقال: أعطني خبزًا ولحمًا بدرهم، فأعطاه أقل مما يباع ولم يعلم المشتري؛ فله أن يرجع عليه بحصة النقصان من الثمن؛ لأن البيع وقع على الوزن الذي شاع بينهم؛ لأنه معروف فيما بينهم والمعروف كالمشروط، وإن لم يكن المشتري من أهل هذه البلدة فكذلك في الخبز وفي اللحم ليس له أن يرجع؛ لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارف قد ظهر في حق الكل وفي اللحم غير متعارف في البلاد إلا نادرا فلا يظهر في حق غير أهل هذه البلدة.

ولو قال السلطان للخبازين: بيعوا عشرة أمناء بدرهم ولا تنقصوا من ذلك شيئًا، فاشترى رجل من أحدهم عشرة أمناء بدرهم، فالخباز يخاف إن نقص ضربة السلطان لا يحل أكله؛ لأنه في معنى المكره وحيلته أن يقول المشتري للخباز: بعني بما يجب ليصح البيع.

رجل في يده ثوب قال: وكلني فلان ببيعه وأن لا ينقص من عشرة فطلب منه إنسان بتسعة فباعه بتسعة، فإن وقع في قلبه أنه إنما قال ذلك لترويجه بعشرة وسعه أن يشتري؛ لأن هذا أمر يتعارفه التجار فكان الشراء صحيحا، وإن لم يقع ذلك في قلبه لا يسعه الشراء؛ لأن الشراء غير صحيح، ولا يكره بيع

الزنار من النصراني والقَلنسوة من المجوسي؛ لأن ذلك إذلال لهما، وبيع المكعب المفضض للرجال إذا علم أنه اشتري ليلبس يكره؛ لأنه إعانة له على لبس الحرام.

وذكر الفقيه أبو الليث في (نوازله): إن كان أمره إنسان أن يتخذ له حقًّا على زي المجوس أو الفسقة أو الخياط أمره إنسان أن يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا يتسبب بتشبه الرجال بالمجوس والفسقة، ويكره الخياطة وكل عمل من أعمال الدنيا في المسجد؛ لأنه أُعد لإقامة القربات والطاعات لا للمعاملات.

رجل يبيع ويشتري على الطريق فأراد إنسان أن يشتري منه، فإن لم يكن في قعوده ضرر بالناس لسعة الطريق لا بأس بالشراء منه، وإن كان فيه ضرر يكره أن يشتري منه وهو المختار؛ لأنه إذا لم يجد مشتريا ما يجلس على الطريق، فكان الشراء منه إعانة على الإثم والعدوان.

صبي جاء إلى فاني مخبرا ومفلس فلا بأس بأن يبيع منه الجوز والفستق مثل ما يشتري للصبيان حتى يسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا؛ لأنه غير مأذون فيه عادة.

(باب الكراهية في الدعاء والعبادة والسلام)

(الجامع الصغير): ويُكره أن يدعو فيقول: أسألك بمقعد العز من عرشك؛ لأنه يفهم تعلق عزه بالعرش، وأن عزه حادث إذا تعلق بالمحدث، والله تعالى عزيز لم يزل ولا يزال، والعز صفته لم يزل ولا يزال موصوفًا به.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لم ير به بأسًا؛ لأنه قد ورد به الحديث؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو بهذا، وبهذا أخذ الفقيه أبو الليث إلا أن هذا خبر الواحد والاحتياط أن يمتنع عن هذا.

ويكره أن يقول: بحق أنبيائك ورسلك؛ لأنه لا حق للخلق على الخالق.

ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني؛ لأنه عليه السلام عاد يهوديا وقال له: **"قل لا إله إلا الله محمد رسول الله**، فنظر الفتى المريض إلى أبيه فقال له أبوه: أجبه، فأجابه وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، ثم مات، فقال النبي صلى الله

عليه وسلم: **الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار**"[(١)].

وأما السلام قالوا: يكره لما فيه من التعظيم والتكريم وتعظيمهم مكروه.

أما رد السلام فلا بأس به؛ لأن الامتناع عنه يؤذيهم فالرد إحسان في حقهم، وإيذاؤهم مكروه والإحسان بهم مندوب، ولكن لا ينبغي أن لا يزيد على قوله وعليكم؛ لأنه قيل: إنهم يقولون: السام عليكم، وإنه شتمٌ عندهم فيجازون بقوله: وعليكم؛ بطريق المجاراة، وهكذا رُوي أن يهوديًا دخل على النبي صلى الله عليه وسلم وقال: السام عليك، فقال: "**عليكم وعليك**"، وقد سمعت عائشة رضي الله عنها ذلك فقالت: وعليك السام واللعنة والسخطة؛ فلما خرج اليهودي قال عليه السلام لعائشة: "**إن الله رفيق يحبُّ الرفق**"[(٢)].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٤٩ (١٣٥٦) و٧/١١٧ (٥٦٥٧)، وفي «الأدب المفرد» (٥٢٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«أبو داود» (٣٠٩٥) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«النسائي»، في «الكبرى» (٨٥٣٤) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سليمان بن حرب. و«ابن حبان» (٢٩٦٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا الصلت بن مسعود الجحدري. وفي (٤٨٨٣) قال: أخبرنا محمد بن يعقوب الخطيب، بالأهواز، قال: حدثنا عبدة بن عبد الله الخزاعي، قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي (٤٨٨٤) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن الحسن العلاف.

خمستهم: (مؤمل، وسليمان، والصلت، ويزيد، وإبراهيم بن الحسن) عن حماد بن زيد، عن ثابت، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ٨/٥٧ (٦٢٥٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٩/١٦ (٦٩٢٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، ومالك بن أنس. وفي «الأدب المفرد» (١١٠٦) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. و«مسلم» ٧/٤ (٥٧٠٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ويحيى بن أيوب، وقتيبة، وابن حجر، واللفظ ليحيى بن يحيى، قال يحيى بن يحيى: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر. وفي (٥٧٠٦) قال: وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان. و«أبو داود» (٥٢٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن مسلم. و«الترمذي» (١٦٠٣) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل بن جعفر. و«النسائي» في «الكبرى» (١٠١٣٨) قال: أخبرني علي بن حجر، عن إسماعيل. وفي (١٠١٣٩) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، عن سفيان. وفي (١٠١٤٠) قال: أخبرنا
=

رجل يدعو الأمير فيسأله عن أشياء، فإن تكلم بما يوافق الحق يناله المكروه ولا ينبغي أن يتكلم بخلاف الحق لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من تكلم عند ظالم بما يرضيه بغير حق يغيِّر الله قلب الظالم عليه ويسلطه عليه**" إلا إذا كان يخاف القتل أو تلف بعض جسده أو أن يأخذ ماله لا بأس بذلك؛ لأنه مُكرهٌ عليه معنى.

رجل تمنى الموت، فإن تمنى لضيق عيشه أو غضب من عنده ونحو ذلك يكره، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا يتمنى أحدكم الموت لضُرٍّ نزل به**"(١). وإن تمنى لتغير زمانه وظهور المعاصي فيه مخافة الوقوع فيها لا بأس به لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إذا كان أمراؤكم أخياركم فظهر الأرض خير لكم من بطنها، وإن كان أمراؤكم أشراركم فبطن الأرض خير لكم من ظهرها**"(٢).

=

عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٠٢) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر.

خمستهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن جعفر، وعبد العزيز بن مسلم) عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/٢٦٥ (٢٩٩٥٩) و١٠/٤٣٧ (٣٠٤٧٧) قال: حدثنا عبيدة بن حميد. و«أحمد» ٣/١٠٤ (١٢٠٣٨) قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«عبد بن حميد» (١٣٩٩) قال: أخبرنا يزيد بن هارون. و«النسائي» ٤/٣، وفي «الكبرى» (١٩٥٩) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«أبو يعلى» (٣٧٩٩) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر. وفي (٣٨٤٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«ابن حبان» (٩٦٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٢٩٦٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الطاهر، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثني يحيى بن أيوب. سبعتهم: (عبيدة، وابن أبي عدي، ويزيد بن هارون، ويزيد بن زريع، ومعتمر، وإسماعيل بن جعفر، ويحيى بن أيوب) عن حميد، فذكره.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٦٦) قال: حدثنا أحمد بن سعيد الأشقر، قال: حدثنا يونس بن محمد، وهاشم بن القاسم، قالا: حدثنا صالح المري، عن سعيد الجريري، عن أبي عثمان النهدي، فذكره.

=

(باب ما يكره [أن يفعل في المسجد وما لا يكره](١))

(المبسوط): ولا بأس بدخول أهل الذمة المسجد الحرام وسائر المساجد.

وقال مالك: يكره دخوله سائر المساجد.

قال الشافعي: يكره دخوله المسجد الحرام.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد بني ثقيف في مسجده، وهم كانوا كفارًا، وكذا المشركون يدخلوا المسجد الحرام عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لعرض الإسلام عليهم ونحو ذلك، وتأويل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨] بالنهي عن الطواف والزيارة، وقيل: المراد به منعهم على وجه الولاية عليه ويكره المجامعة والبول والتخلي فوق المسجد؛ لأن المسجد ثابت في الهواء والعرصة جميعًا ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد؛ لأنه سطح البيت ولا تخلو بيوت المسلم عن ذلك.

ويكره غلق باب المسجد؛ لأن المساجد مصلى المسلم فلا يجوز منع الناس عنها لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [البقرة: ١١٤] وكان المتقدمون يكرهون شد المصاحف واتخاذ المشدة له لئلا يكون ذلك في صورة المنع من قراءة القرآن وهذا مثله بل فوقه؛ لأن المصحف ملك لصاحبه وهذا ليس بملك لأحد قال مشايخنا اليوم لا بأس في غير أوان الصلاة؛ لأنه لا يؤمن على متاع المسجد.

ولا بأس بتذهيب المسجد، وقيل: يكره؛ لقوله عليه السلام: "**من أشراط الساعة تَزْيِين الْمَسَاجِدِ**" ومر على المسجد من خزف بالكوفة فقال: لمن هذه البيعة؟ فقيل: أيقول هذا لمصلى المسلم، فقال: ما هذا يكون مصلى المسلم(٢).

=

قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث صالح المري، وصالح المري في حديثه غرائب ينفرد بها لا يتابع عليها، وهو رجل صالح.

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ما يفعل في المسجد وما لا يفعل.

(٢) انظر: ابن عابدين ٤٤٢/١، ٤٤٣، والفتاوى الهندية ٤٦١/٢، والدسوقي ٦٢/١، ٦٥، ٢٥٥، وجواهر الإكليل ٥٥/١، ونهاية المحتاج ٩١/١، ٣٩٣/٥، وكشاف القناع ٣٦٦/٢.

وقيل: إنه قربة حسنة؛ لما رُوي أن داود صلوات الله عليه بنى مسجد بيت المقدس من الرخام وزينه ووضع قبة وعلى رأسها كبريتًا أحمر يضيء اثنا عشر ميلًا وكن الغزالات يغزلن بضوئها من ميل في الليالي، ولأن في التزيين ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المسجد لانتظار الصلاة مع تعظيم بيت الله، وجه رواية الكتاب أنه يجوز ولا يستحب لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مسجده مسقفًا من جريد النخل وحيطانه من الحجر، فقيل له: ألا [نهده][1] لك؟ فقال: "لا [عريشة كعريشة][2] موسى"، وكان يكف إذا حل به المطر فيثبت أن ذلك أفضل.

وقد كره بعض مشايخنا الزينة على المحراب؛ لأنه يشغل قلب المصلي إذا نظر إليه وربما ينتقص من خشوعه، ألا ترى أنهم كرهوا ثوبًا يشغل قلبه، فإن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى في جبَّة مكفوفة بالحرير فلما فرغ رماه وقال: "كادت لتفتنني اذهبوا بها إلى أبي جهم وائتوني بأنبجانيَّة[3]"[4] يعني كساء.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): نسقفه.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): عرش كعرش.

العرش ما يستظل به من خيمة أو نحوها والجمع عرش كقليب وقلب.

(٣) الأنبجانية: كساء صوف ينسب إلى بلدة أنبجان.

(٤) أخرجه «البخاري» ١٠٤/١ (٣٧٣) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب. قال البخاري تعليقا: وقال هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «كنت أنظر إلى علمها وأنا في الصلاة، فأخاف أن تفتنني». وفي ١٩١/١ (٧٥٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ١٩٠/٧ (٥٨١٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب. و«مسلم» ٧٧/٢ (١١٧٥) قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير بن حرب (ح) قال: وحدثني أبو بكر بن أبي شيبة، واللفظ لزهير، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. وفي (١١٧٦) قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس، عن ابن شهاب. وفي ٧٨/٢ (١١٧٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن هشام. و«ابن ماجه» (٣٥٥٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«أبو داود» (٩١٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. وفي (٩١٥) قال: حدثني عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا =

فأما التجصيص فحسن؛ لأنه بحكم البناء، وإذا جعل البياض فوق السواد للنقش فلا بأس به إذا فعله من مال نفسه، ومن مال الوقف لا يستحسن لما فيه من التضييع.

(النوادر): قوم بنوا مسجدًا واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئًا من الطريق إلى المسجد، فإن كان يضر بأصحاب الطريق لا يجوز(١)، وإن كان لا يضر فلا بأس به، فإن ضاق المسجد على الناس وبجانبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها؛ لما رُوي عن الصحابة لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابهم بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام.

الجلوس في المسجد ثلاثة أيام للمصيبة مكروه، وفي غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال وتركه أحسن لقوله عليه السلام: "لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ،

=

عبد الرحمن، يعني ابن أبي الزناد، قال: سمعت هشاما يحدث. وفي (٤٠٥٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب الزهري. وفي (٤٠٥٣) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، في آخرين، قالوا: حدثنا سفيان، عن الزهري. و«النسائي» ٧٢/٢، وفي «الكبرى» (٨٤٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، وقتيبة بن سعيد، واللفظ له، عن سفيان، عن الزهري. وفي «الكبرى» (٥٥٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: أخبرنا سفيان، عن الزهري (ح) وأخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«أبو يعلى» (٤٤١٤) قال: حدثنا عبد العزيز العمري، قال: حدثني إبراهيم، عن الزهري. و«ابن خزيمة» (٩٢٨) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، وسعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قالا: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. وفي (٩٢٩) قال: وقالا: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٢٣٣٧) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس، عن ابن شهاب. كلاهما: (ابن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) انظر: فتح القدير ١٦٤/٤ ط. الميمنية، وابن عابدين ٦١٧/٢ ط. أولى، وبدائع الصنائع ٢٠٩/٣ ط. أولى - الجمالية بمصر، والخرشي ٢٨٧/٣ ط. أولى - الشرقية، والباجي على الموطأ ١٤٥/٤ مكتبة السعادة بمصر، والأم ٢٣٢/٥ مطبعة الكليات الأزهرية، والمجموع شرح المهذب للشيرازي ٣٢/٢٧ نشر مكتبة الإرشاد بجدة، ونهاية المحتاج ١٤٠/٧ ط. الحلبي، والمغني لابن قدامة ١٦٦/٩، ١٦٧ ط. المنار، والكافي لابن قدامة ٩٥٠/٢ نشر المكتب الإسلامي بدمشق، ومغني المحتاج لشرح المنهاج ٣٩٩/٩ الحلبي ١٣٧٧هـ.

إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا"(١).

والاختفاء أحسن ولا يباح اتخاذ الضيافة عند الثلاثة الأيام؛ لأن الضيافة تتخذ عند السرور، ويكره الخياطة وكل عمل من أعمال الدنيا في المسجد؛ لأنه أعد لإقامة القربات والطاعات لا المعاملات، ولو جلس المعلم في المسجد أو وراق يكتب في المسجد، فإن كان المعلم يعلم للحسبة والوراق يكتب لنفسه فلا بأس به؛ لأنه قربة، وإن كان بالأجرة يكره إلا أن تقع لهما الصرفة.

(فصل)

ويكره استقبال القبلة في الخلاء.

وقال الشافعي: تكره في الفَضاء لا في الأكنة.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ألا فعظموا جهة القبلة، فلا تستقبلوها في بول أو غائط ولا تستدبروها، لكن شرِّقوا أو غرِّبوا**". وهذا بالمدينة، فإن من شرَّق أو غرَّب لم يكن مستقبل الكعبة ولا مستدبرا لها، ولأن الحائط لا يصير حائلا كمن استقبل الكعبة في بيته للصلاة فكيف يصير حائلا إذا كشف عورته، وهذا غلط بين وتناقض فاحش.

وفي استدبار القبلة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله:

---

(١) أخرجه «البخاري» ٩٩/٢ (١٢٨٢) قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٧٦/٧ (٥٣٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف. و«مسلم» ٢٠٢/٤ (٣٧١٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى. و«أبو داود» (٢٢٩٩) قال: حدثنا القعنبي. و«الترمذي» (١١٩٦) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن بن عيسى. و«النسائي» ٢٠١/٦، وفي «الكبرى» (٥٦٩٧) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، قال: أنبأنا ابن القاسم. و«أبو يعلى» (٧١٥٦) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا منصور بن سلمة الخزاعي. و«ابن حبان» (٤٣٠٤) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر.

تسعتهم: (عبد الرزاق بن همام، وإسماعيل بن أبي أويس، وعبد الله بن يوسف، ويحيى بن يحيى، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، ومعن بن عيسى، وعبد الرحمن بن القاسم، ومنصور بن سلمة، وأحمد بن أبي بكر) عن مالك بن أنس، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن حميد بن نافع، عن زينب بنت أبي سلمة، فذكرته.

في إحدى الروايتين: يكره لما روينا.

وفي رواية أخرى: لا يكره؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: **"رأيت النبي صلى الله عليه وسلم على سطح أم سلمة على لبنتين يقضي حاجته وهو مستقبل الشام مستدبر الكعبة"**.

والأحوط تركهما، وعلى ذلك عمل المسلم في مراحيضهم وكراسيهم، وكره مشايخنا استقبال الشمس والقمر بالقدح لحديث روي فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولما عليها من نور العرش، ويكره مد الرجلين إلى الكعبة في النوم وغيره عمدا، وكذلك إلى المصحف وكتب الشريعة، وكذلك في حال مواقعة الأهل، وكذلك متعلم له خريطة فيها كتب من أخبار الرسول والفقه ينام ويتوسد بها ينظر إن قصد بها الحفظ فلا بأس به؛ لأنه ليس فيه ترك التعظيم، وإلا فيكره؛ لأنه ترك التعظيم.

(باب الكراهية في إرسال الشعر وتركه والسُّنَّة في حلقه)

(**المبسوط**): ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع أو شعر غيرها بشعرها لقوله عليه السلام: **"لَعَنَ اللهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ"**[(1)(2)] وهي التي تصل شعر غيرها

---

(١) الْوَاصِلَة: الَّتِي تَصِلُ الشَّعْرَ بِشَعْرِ النِّسَاءِ. وَالْمُسْتَوْصِلَةُ: الْمَعْمُولُ بِهَا.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦٥/٧ (٥٩٣٧) قال: حدثني محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي (٥٩٤٠) قال: حدثني محمد، قال: حدثنا عبدة، عن عبيد الله. وفي (٥٩٤٢) قال: حدثني يوسف بن موسى، قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا صخر بن جويرية. وفي ١٦٧/٧ (٥٩٤٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٦٦/٦ (٥٦٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، واللفظ لزهير، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. وفي (٥٦٢٣) قال: وحدثنيه محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا بشر بن المفضل، قال: حدثنا صخر بن جويرية. و«ابن ماجه» (١٩٨٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، وأبو أسامة، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٤١٦٨) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومسدد، قالا: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«الترمذي» =

بشعرها لتتزين به، ولأن فيه ابتذال جزء الآدمي، والآدمي خلق مكرما فلا يجوز أن يكون شيء منه مبتذلا، ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة؛ لأنها جاءت الرخصة في القَرَامِل[1] وهو ما يتخذ من الوبر ويزاد في ذوائب النساء؛ لأن ذلك من باب الزينة وهو مباح الابتذال والانتفاع به.

"وَالْوَاشِمَةَ" هي التي تشم في وجهها وذراعيها.

"وَالْمُسْتَوْشِمَةَ" هي التي تفعل بها.

"والْوَاشِرَة" هي التي تفلج أسنانها وذراعها.

"وَالْمُسْتَوْشِرَة" هي التي تفعل به.

"وَالنَّامِصَةُ" التي تنتف الشعر من الوجه.

"وَالْمُتَنَمِّصَةُ" التي يفعل بها ذلك.

وكل ذلك ورد النهي عنه ولا بأس للتجار أن يفعلوا شعرا للعبد من الجهة؛ لأن فيه زيادة في الثمن وهذا دليل على أن العبد إذا كان للخدمة ولا يريد بيعه لا يستحب له ذلك.

وذكر الطحاوي في "شرح الآثار": أن قص الشارب حسن، وتفسيره أن يوحد حتى ينتقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا قال والحلق سنة وهو أحسن من القص، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه.

وقال بعضهم: إن الحلق بدعة لحديث عائشة وعمار وأبي هريرة: "أن

=

(١٧٥٩ و٢٧٨٣) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٨٣م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. و«النسائي» ١٤٥/٨ و١٨٨، وفي «الكبرى» (٩٣٢٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ١٨٧/٨، قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«ابن حبان» (٥٥١٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. كلاهما: (عبيد الله بن عمر، وصخر بن جويرية) عن نافع، فذكره.

(١) القرامل: ما تصل به المرأة شعره من شعر أو صوف.

النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**عشر من فطرتي وفطرة إبراهيم عليه السلام**" وذكر من جملتها قص الشارب[(١)].

والصحيح قولنا؛ لحديث ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**جُزُّوا الشارب وَأَعْفُوا اللِّحَى**". وفي رواية: "**وَأَحْفُوا الشارب**"[(٢)]

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢٠٦/٧ (٥٨٨٩) قال: حدثنا علي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٨٩١) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد. وفي ٨٠/٨ (٦٢٩٧)، وفي «الأدب المفرد» (١٢٩٢) قال: حدثنا يحيى بن قزعة، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد. و«مسلم» ١٥٢/١ (٥١٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، جميعا عن سفيان، قال أبو بكر: حدثنا ابن عيينة. وفي ١٥٣/١ (٥١٩) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن ماجه» (٢٩٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤١٩٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢٧٥٦) قال: حدثنا الحسن بن علي الحلواني، وغير واحد، قالوا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«النسائي» ١٣/١، وفي «الكبرى» (١٠) قال: أخبرنا الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، عن يونس. وفي ١٤/١ و١٨١/٨، وفي «الكبرى» (١١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت معمرا. وفي ١٥/١، وفي «الكبرى» (٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٨٧٢) قال: حدثنا عمرو الناقد، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٤٧٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر، قال: سمعت معمرا. وفي (٥٤٨٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٥٤٨١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان. وفي (٥٤٨٢) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان.

أربعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإبراهيم بن سعد، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦٠/٧ (٥٨٩٢) قال: حدثنا محمد بن منهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا عمر بن محمد بن زيد. وفي (٥٨٩٣) قال: حدثني محمد، قال: أخبرنا عبدة، قال: أخبرنا عبيد الله بن عمر. و«مسلم» ١٥٣/١ (٥٢١) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى، يعني ابن سعيد (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، جميعا عن عبيد الله. وفي (٥٢٢) قال: وحدثناه قتيبة بن سعيد، عن مالك بن أنس، عن أبي بكر بن نافع. وفي (٥٢٣) =

والإحفاء الاستئصال ولفظ القص في حديثهم عبارة محتملة فوجب حملها على ما روينا والشارب اسم للحل لا لما يقع في الماء؛ لأن العرب اعتادوا الكرع من الأدوية وأفواه القرب فيصيب الماء ذلك الشعر كله فسمي كله شاربًا، واختلف الناس في إعفاء اللحية ما هو قال بعضهم تركها حتى تكث وتكثر والقص سنة فيها وهو أن يقبض الرجل لحييه فما زاد منها على قبضته قطعه كذلك ذكره محمد في باب الآثار عن أبي حنيفة قال: وبه يأخذ، وذكر هناك عن ابن عمر أنه كان يفعل ذلك، ولأن اللحية لما كانت زينة كانت كثرتها وكثافتها من كمال الزينة.

وكذلك وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم **"أنه كان كث اللحية"**.

فأما الطول إذا فحش فخلاف الزينة.

وأما في الإبط فالسنة النتف هكذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم والحلق لا بأس به.

وذكر محمد لفظة "النتف" في الأصل، ولفظة "الحلق" في الجامع الصغير، فدل ذلك كله على أنه لا حرمة في الحلق ولكن السنة هو النتف والعمل بالسنة أحق.

وذكر أبو عبد الله الجرجاني: السنة في حلق العانة أن يبتدئ من تحت السرة وقلم الأظافر سنة؛ لأنه من الفطرة إلا في دار الحرب، فإن تركها مندوب إليه للمحامد؛ لما رُوي أن عمر بن الخطاب كتب أن وفروا الأظافر في أرض العدو

=

قال: حدثنا سهل بن عثمان، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن عمر بن محمد. و«أبو داود» (٤١٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك، عن أبي بكر بن نافع. و«الترمذي» (٢٧٦٣) قال: حدثنا الحسن بن علي الخلال، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٦٤) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك، عن أبي بكر بن نافع. و«النسائي» ١/١٦ و١٨١/٨، وفي «الكبرى» (١٣) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، هو ابن سعيد، عن عبيد الله. و«أبو يعلى» (٥٥٨٨) قال: حدثنا محمد بن بكار، قال: حدثنا أبو معشر. و«ابن حبان» (٥٤٧٥) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن أبي بكر بن نافع.

أربعتهم: (أبو بكر بن نافع، وعبيد الله بن عمر، وعمر بن محمد، وأبو معشر نجيح) عن نافع، فذكره.

فإنها سلاح ولأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه بأظافره، وكذا الغازي في دار الحرب مندوب إلى توفير شاربه ليكون أهيب في عين العدو فيحصل به الإرهاب.

(باب مسائل متفرقة من النوادر)

ويكره تصوير تمثال ذي روح لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أشد الناس عذابًا يوم القيامة المشبهون بخلق الله تعالى، يُقالُ لهم يوم القيامة: أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ**"(١).

فأما تمثال ما لا روح فيه كالشجرة ونحوه فلا بأس به؛ لأنه يكون نقوشا، نص عليه محمد في (السير الكبير)، وفي (المنتقى) عن محمد: لو صلَّى في أرض الحرب وعليه ثوب حرير أو ترس مذهَّب أو فيه تماثيل وهو مواقف العدو أولا لا بأس به كما بينا ولا بأس للمرأة أن تدخل الحمام إذا خرجت متعففة واتَّزرت حتى دخلت(٢).

وقال بعض الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أيما امرأة وضعت جلبابها في**

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٦٧/٧ (٥٩٥١) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا أنس بن عياض، عن عبيد الله. وفي ١٦١/٩ (٧٥٥٨) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«مسلم» ١٦٠/٦ (٥٥٨٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا يحيى، وهو القطان، جميعا عن عبيد الله (ح) وحدثنا ابن نمير، واللفظ له، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ١٦١/٦ (٥٥٨٧) قال: حدثنا أبو الربيع، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية (ح) وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا الثقفي، كلهم عن أيوب. و«النسائي» ٢١٥/٨، قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي «الكبرى» (٩٧٠١) قال: أخبرنا محمد بن خليل الدمشقي، عن شعيب بن إسحاق، عن عبيد الله. وفي (٩٧٠٢) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب (ح) وأخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا الثقفي، قال: حدثنا أيوب. وفي (٩٧٠٣) قال: أخبرنا مسعود بن جويرية، قال: حدثنا المعافى، عن الضحاك بن عثمان. أربعتهم: (أيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، والليث بن سعد، والضحاك بن عثمان) عن نافع، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٢/٥، والقوانين الفقهية/٤٤٣، ٤٤٤، وحاشية البناني على الزرقاني ٤٥/٧، وأسنى المطالب ٧٢/١، وكشاف القناع ١٥٨/١، ١٥٩.

غير بيت زوجها فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"[١].

لنا: أن دخول الحمام لمعنى الزينة والنظافة وهي بالنساء أليق منها بالرجال.

وأما وجوب الاغتسال في حقهن أكبر وكانت حاجتهن إلى الاغتسال في الحمام أمسّ، فإن الرجل يتمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار، والمرأة لا تتمكن من ذلك، فأما الحديث أنه إنما كره للمرأة الخروج بغير إذن زوجها. امرأة حلقت رأسها لوجع أصابها فلا بأس به، فإن حلقت تشبُّهًا بالرجل يكره؛ لأنها متى تشبهت بالرجال وغمر الأعضاء في الحمام يكره إلا بعذر؛ لأن الخادم ربما يفعل ذلك بشهوة، وإن أمن عن ذلك فلا بأس به.

رجل أخذ ثوبا من إنسان وهرب فتبعه صاحبه حتى دخل داره لا بأس به بأن يدخل داره حتى يأخذ حقه؛ لأنه موضع الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، وكذا لو كان على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض ثيابها، ولو هربت ودخلت دارها فلا بأس بذلك إذا أمن الرجل على نفسه ويكون بعيدا منها يحفظها؛ لأن في هذه الخلوة ضرورة.

رجل وجد طريقا في المقبرة يتحرى، فإن وقع في قلبه أن هذا طريق أحدثوه على القبور لا يمشي فيه؛ لأنه محدث، وإن لم يقع في قلبه ذلك يمشي؛ لأنه طريق ولم يعلم كونه محدثا، ويكره القعود على القبور، فإنه منقول عن بعض السلف أنه قال: لأن أجلس على الجمر أحب إلي من أن أجلس على القبر، ولأن فيه إهانة بتربة آدمي مسلم محترم، والإهانة به حرام، والإهانة بتربة آدمي مسلم محترم مكروه، ويكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته؛ لأن أهلية الجاهلية كانوا يعظمون

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٢) عن الثوري. و«أحمد» ١٧٣/٦ (٢٥٩٢١) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ١٧٣/٦ (٢٥٩٢٢) و١٩٩/٦ (٢٦١٤٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. و«الدارمي» (٢٨١٧) قال: أخبرنا عبيد الله، عن إسرائيل. و«ابن ماجه» (٣٧٥٠) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أبو داود» (٤٠١٠) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (٢٨٠٣) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة.

ثلاثتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وإسرائيل بن يونس) عن منصور بن المعتمر، عن سالم بن أبي الجعد، عن أبي المليح الهذلي، فذكره.

كذلك، ولا يحمل الخمر إلى الخل للتحليل ولكن يحمل الخل إلى الخمر، ولا تحمل الجيفة إلى الهرة ولكن تحمل الهرة إلى الجيفة، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ولا بأس بأن يحمل من البيت إلى المسجد، ولا ينبغي للرجل أن يقود أباه النصراني من البيت إلى البيعة؛ لأنه إعانة على المعصية ويقوده من البيعة إلى البيت؛ لأنه ليس بإعانة على المعصية.

رجل حفر قبرًا في غير ملكه ليدفن ميتًا له فيه فدفن فيه غيره لا ينبش القبر ولكن يضمن قيمة حفره جمعا بينهما، فإن دفن الميت في أرض غيره بغير إذن المالك فالمالك بالخيار إن شاء أمرنا إخراج الميت، وإن شاء سور الأرض وزرع حولها؛ لأن الأرض ملكه ظاهرها وباطنها فله أن يستخلص الظاهر والباطن وله أن يترك الباطن وينتفع بالظاهر.

رجل رفع طينًا أو ترابًا من طريق المسلم ينظر إن كان في أيام الردغ والأوحال فلا بأس به والرفع أولى؛ لأنه حسبة وتنقية الطريق، وإن لم يكن فاحتاج الرافع إلى القلع، فإن لم يكن فيه مضرة بالمارين فلا بأس، وإن كان فيه مضرة بالمار لا يسعه ذلك؛ لأنه تصرف في حق العامة وفيه ضرر. وكتبة الرقاع في أيام النيروز وإلزاقها بالأثواب مكروه حرام لما فيه إهانة اسم الله تعالى واسم النبي صلى الله عليه وسلم.

رجل قال: أنا لا أحب القرع، فإن أراد به لما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحبه فهو لا يحبه فهو كفر، لأن استخف برسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن قال ذلك لمرض أصابه فلا بأس به؛ لأنه لم يستخفَّ.

حشيش أو بقول ينبت على القبور، فإن كان رطبا يكره قطعه، وإن كان يابسا لا بأس به؛ لأنه قيل ما دام رطبا يسبح وربما يكون للميت أنسٌ بتسبيحه، وعن هذا قالوا بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب.

وتستحب القيلولة لقوله صلى الله عليه وسلم: **"فإن الشيطان لا يقيل"** وذلك بين المنحلين بين داس الشعير وداس الحنطة.

رجل يختلف إلى أهل الظلمة والشر ليدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهورًا ممَّن يُقتدى به كره له ذلك؛ لأنه إذا كان يختلف إلى السلطان فيظن الناس أنه يرضى بأمره فكان فيه مذلة أهل الحق، وإن لم يكن مشهورا لا بأس به إن شاء الله؛ لأنه عري عن هذا المعنى.

(باب خبر الواحد في أمور الدين والمعاملة)

(المبسوط): ولو أخبر حرٌّ أو عبدٌ عدل ذكرًا أو أنثى بنجاسة الماء أو بأنه ذبيحه مجوسي أو شيء من الحل والحرمة يجب قبول قوله؛ لأن خبر الواحد بأمر من أمور الدين حجة خلافًا للمعتبر له؛ لأن الصدق فيه راجح؛ لأن الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب موجود وهو العقل والدين والعدالة؛ لأن الظاهر أن كل عاقل متدين عدل يجتنب عما هو محظور دينه وهو الكذب لما أنه سبب المنقصة والمذمة في الدنيا واستحقاق العقوبة في الآخرة والعاقل يجتنب عما هو ضارٌّ له خصوصا إذا لم يستجلب بالكذب نفعا، والعمل بالدليل الراجح أولى من العمل باستصحاب الحال وهو التمسك بكون الماء طاهرًا في الأصل؛ لأن بقاء وصف الطهارة للماء ثابت بعدم الدليل لا بدليل أوجب بقاءه؛ لأنه يجوز أن ينجس الماء، وخبر المسلم العدل حجة وموجبةٌ للعمل فكان العمل بالدليل أولى من التمسك بعدم الدليل، وصار كالعدل إذا روى خبرًا عن النبي صلى الله عليه وسلم يجب قبوله فكذا هذا، ولو أخبره بذلك فاسق أو لا يعرف عدالته، فإن غلب على ظنه صدقه يسمع قوله وإلا فلا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] والتبيُّن والتثبُّت هو طلب البيان وذلك بالتحري وطلب الصدق في خبره، ولأن الفاسق قد يكون ذا مروءة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالي عن الكذب فوجب طلب الترجيح بالتحري، فإن وقع تحرّيه على أنه صادق يقبل قوله وإلا فلا والأحوط والأوثق أن يريقه ويتيمم، ولا يقبل قول الذمي في نجاسة الماء؛ لأن الكافر يعتقد المسلم على دين باطل فيقصد به الإضرار لعداوة الدينيَّة؛ لأن عقله ودينه حامل له على الكذب في أمور الدين في حق المسلم وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَٰتِلُونَكُمْ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ ٱسْتَطَٰعُواْ﴾ [البقرة: ٢١٧] فترجح الكذب في خبره فلم يجب التحري بل يستحب؛ لأن الصدق فيه قائم لكنه مرجوح، فإن وقع في قلبه أنه صادق لا يجزيه التيمم ما لم يرق الماء والوضوء به جائز؛ لأن هذا التحري ليس بواجب فلم تثبت نجاسة

الماء بهذا التحري، فصار متيممًا مع وجود الماء الطاهر حكمًا فلا يجوز بخلاف ما لو أخبره فاسق؛ لأن التحري واجب في خبره لاستواء الصدق والكذب فيه فتثبت النجاسة بخبره عند ضمه التحري إليه في حق الحكم فصار متيمما مع وجود ما يحسن حكما فيستحب الإراقة ولا يجب فيجزيه التيمم وكذلك الصبي والمعتوه إذا عدل فيما يقولان لأن عقل المعتوه ناقص فلا يكون دليلا على الصدق، والصبي وإن كان عاقلا لكن العقل إنما يصرف عن الكذب إذا كان ضارًا له باعتبار كونه محظورا فالكذب غير محظور في حقهما فربما لا يصرفه عن الكذب فلا يكون دليلا على الصدق بل يرجح جانب الكذب في خبرهما لعدم مبالاتهما وبحثهما عن الكذب وصار كما لو رويا خبرًا لا تقبل روايتهما، ومن أصحابنا من يجعلهما كالبالغ الفاسق؛ لأنه استوى الكذب والصدق في خبرهما فيجب التحري كما في الفاسق.

وذكر في الجامع الصغير: رجل أرسل أجيرًا له مجوسيًّا فاشترى لحما ثم قال اشتريته من مسلم أو يهودي أو نصراني وسعه أكله؛ لأن خبر الكافر في المعاملات حجة مقبولة بحاجة الناس وذبيحة المسلمين وأهل الكتاب حلال وخبر الذمي والصبي والمعتوه في المعاملات حجة بأن أخبر أنه ذبيحة مسلم أو أهل الكتاب أو ذبيحة مجوسي أو وكلني فلان ببيعه ونحو ذلك يقبل قوله ومن دعاه قوم إلى أكل لحم يأكلوه فأخبره مسلم ثقة حرٌ أو عبدٌ ذكر أو أنثى أنه ذبيحة مجوسي، وقال الباقون: بل هو حلال وهم عدول أخذ بقولهم، وكذا لو أخبر عدلان بأنه حلال؛ لأن الصدق يترجح بزيادة العدد في المخبر؛ لأنه يدخل في العيان متى أخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ومتى دخل في حد العيان حتى بلغ حد التواتر يصير أقرب إلى العيان بزيادة عدد المخبرين فكان الأخذ بما هو أقرب إلى العيان أولى مما لم يقرب كما في رواية الأخبار إذا روى واحد خبرًا بحرمة شيء، وروى جماعة بحلِّه؛ فالأخذ برواية الجماعة بالحل أولى من الأخذ برواية الواحد بالحرمة بخلاف الشهادة، فإنه لا يترجح شهادة الجماعة على الاثنين؛ لأن الشهادة وإن كانت إخبارا حقيقة ولكن صار إثباتا للمشهود به شرعا بدليل أن الشاهد لو رجع يضمن، وبدليل أنه يشترط لفظة الشهادة، وشهادة الاثنين تساوي شهادة الجماعة في كونها حجة في إثبات المعهود به شرعا اعتبارا بالإيجاب والإثبات الحقيقي، فإن البيع

الصادر من الواحد والبيع الصادر من الجماعة سواء وأما هنا أخبار حقيقة وشرعا والخبر يترجح بزيادة العدد في المخبر كما في رواية الأخبار، فإن كانوا متهمين أخذ بقول الواحد؛ لأنه لا يجوز إبطال خبر العدل وتعطيله بخبر الفاسق كما في رواية الأخبار، وإن كان فيهم واحد عدل يتحرى؛ لأنه أخبره عدلان أحدهما بالحرمة والآخر بالحل فاستويا في الحجة فوجب ترجيح أحدهما بالتحري، فإن لم يكن له رأي واستوى الحالان عنده فلا بأس بأكله؛ لأن وقع التعارض بين الخبرين ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فتساقطا، والطهارة والحل أصل فبقي ما كان بخلاف ما روى أحدهما خبرًا بحرمة شيء والآخر بحله، فإنه يترجح الحرمة ويؤخذ برواية من يروي الحرمة لا بأن يجعل كلا الخبرين ثابتا ويجعل أحدهما ناسخا إلا أنا جعلنا المحرم متأخرا ناسخا لما فيه من تقليل النسخ أما قضاء لا يمكن إثبات كلا الأمرين؛ لأن الماء متى وقعت فيه نجاسة لا يصير طاهرا ومتى رآه أخذه من نهر عظيم وقد غسل الكوز وحفظه إلى وقت الشهادة لا يتصور نجاسته، وإذا لم يتصور اجتماعهما كان الثابت أحدهما ولا يدري فتساقطا، ولو أخبره مملوكان ثقتان بالحل وحرٌّ بالحرمة فلا بأس بأكله؛ لأن الخبران استويا في الحجة؛ لأن قول المملوك في أمور الدين كقول الحر ثم يترجح قول العبدين بزيادة عدد والعدد مما نفع به الترجيح؛ لأن قلب الإنسان ربما لا يطمئن إلى قول واحد ويطمئن إلى قول اثنين، ولو أخبره بالحل غير ثقة وبالحرمة ثقة يعمل بأكثر رأيه؛ لأن الخبران استويا في الحجة ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر بدليل سوى التحري فلزمه التحري، فإن كان أخبر بأحدهما حرَّان ثقتان وبالآخر عبدان ثقتان أخذ بقول الحرَّين؛ لأن خبرهما حجة في باب الدين والأحكام جميعا فيكون حجة مطلقة وخبر العبدين ليس بحجة في باب الأحكام فيكون حجة قاصرة فكان ترجيح خبر الحرين لكونه حجة مطلقة أولى من الترجيح بالتحري؛ لأن التحري مجرد ظن بلا دليل بخلاف ما لو أخبره ثلاثة عبيد بأحدهما وحران بالآخر، فإنه يترجح خبر العبيد؛ لأن الترجيح بزيادة العدد أولى من الترجيح بكونه حجة في الأحكام؛ لأن بزيادة العدد يدخل في حد العيان أو يقرب منه، فإن تعذر الترجيح بزيادة العدد يطلب الترجيح بكونه حجة في الأحكام لا بالتحري؛ لأنه صار حجة بالشرع لا

مجرد الظن، فإن تعذر بطلب الترجيح بالتحري، فعلى هذا لو أخبر بأحدهما حران عدلان وبالآخر أربعة أحرار ثقات أو بأحدهما رجل وامرأتان وبالآخر رجلان يؤخذ بخبر الأربع ورجل وامرأتين لما فيه من زيادة العدد، وكذلك هذا في كل طعام وشراب.

(فصل)

ومن اشترى جارية فأخبره مسلم ثقة أنها حرة الأصل أو أخته من الرضاعة فله أن يطأها وإن تنزه فهو حسن؛ لأن هذه شهادة الواحد قامت على إبطال الملك؛ لأن قيام الملك لا يتصور مع الحرمة وحرمة الرضاع فكان من ضرورة بنوتهما زوال الملك وشهادة الواحد على إزالة الملك لا تقبل؛ لأن الملك من حقوق العباد فصار كما لو شهد واحد أنه طلق امرأته، وإن اشترى لحمًا فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسي لم يأكله ولا يرد على بائعه ولا يمنع ثمنه؛ لأنه ليس من ضرورة حرمة الأكل زوال ملك اليمين؛ لأن حرمة الأكل مع قيام الملك يجتمعان كالعصير إذا خمر وكالدهن الذي وقعت فيه نجاسة؛ لأنه لما جاز أن ينفصل الحل عن الملك بالإباحة جاز أن ينفصل بثبوت الحرمة عن زوال المملك فأمكن ثبات الحرمة بدون زوال الملك فكانت الشهادة قائمة على حرمة الأكل لا غير والحرمة أمر من أمور الدين فتقبل بشهادة الواحد فتثبت الحرمة إلا أن في رده على البائع إبطال ملك البائع وقول الواحد ليس بحجة في حق زوال الملك؛ لأنه من حقوق العباد وإن ملك طعاما أو جارية بسبب فشهد مسلم ثقة أن المملك غصب من فلان تنزه عن أكله أو وطئها، وإن لم يتنزه فهو في سعة؛ لأنه أخبره بحرمة المحل بحق المالك لا لحق الله تعالى؛ لأن حرمة الانتفاع بالمغصوب لفقد الملك لحق المالك لا لحق الله تعالى بدليل أنه تزول الحرمة بإجازته وإذنه فكانت هذه شهادة قامت على زوال ملـــك البائع وبطلان بيعه وثبوت الحرمة لحق المالك فلا تقبل ولكن يتنزه لاحتمال الصدق في خبره، وكذلك إذا كان ذو اليد عدلا عند عامة مشايخنا.

وقال الفقيه أبو جعفر: بأنه لا يتنزه عن شرائه؛ لأن خبر ذي اليد صار معارضا بخبر العدل فتساقطا إن لم يقع تحريه على شيء فيبقى ما كان على ما كان وجه قول

العامة أن ذا اليد يشهد لنفسه؛ لأن بقوله: أنا مالك، يدفع عن نفسه ما ثبت بشهادة العدل وهو الغصب في حق التنزه، فلم يصر قول ذي اليد معارضًا بقول العدل فلم يدفع قول العدل بقوله فبقي الغصب ثابتا في حق التنزه دون الحرمة؛ فعلى هذا لو اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وقال له القصاب: إنه ذبيحة مسلم؛ والقصاب عدل يتنزه عنه عند عامة المشايخ.

ومن عرف جارية لزيد يبيعها عمرو أو لم يعرفها ولكن أقر عمرو بها لغيره لم يسمح له أن يشتريها ما لم يعلم أنها ملك عمرو أو كونه وكيلًا له؛ لأنه اجتمع ما يوجب إباحة السمع وهو كونها في يده، فإن اليد تدل على الملك وعلى الإباحة وما يوجب الحظر وهو علمه أو إقرار ذي اليد أنها كانت ملكا لغير ذي اليد فأوجب الكراهة؛ لأن حد المكروه ما يجمع فيه دليل الحظر والإباحة؛ لأنا متى حرمنا عطلنا دليل الإباحة ومتى أبحنا عطلنا دليل الحظر فأثبتنا الكراهة عملا بالدليلين، فإن قال عمرو اشتريتها أو وكلني ببيعها وهو عدل فلا بأس بتصديقه؛ لأن قول الواحد مقبول في المعاملات إذا لم ينازعه غيره استحسانًا؛ لأنه جرى التوارث والعادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بالشراء من السمسار والدلال من غير شهود على صدق مقالته، ولأن المعاملات مما يكثر وجودها ويتكرر وقوعها فلو لم يصدق كل بائع في كل مبايعة ومعاملة إلا بشاهدين لاحتاج إلى أن يستصحب مع نفسه بينة عادلة يشهد على صدق مقالته فضاق الأمر على الناس وصار كما لو قال رجل: أنا مضارب فلان أو عبد ما دون بالتجارة ووسع للناس أن يشتروا منه فكذا هذا، وكذلك إن كان فاسقًا ولكن أكثر رأيه أنه صادق؛ لأن بالتحري يرجح الصدق في خبره، وإن كان أكثر رأيه أنه كاذب فلا ينبغي أن يتعرض شيء من ذلك؛ لأنه يرجح الكذب في خبره وكذلك الطعام أو الشراب على هذا، وإن لم يعرفها لغيره ولكن مثله لا يملك مثلها كالفقير لا يملك قوت يوم وفي يده درة نفيسة فالتنزه أفضل؛ لأن دلالة الحال دلت على كونها ملك الغير، ولو ثبت الملك لغيره بدلالة النظر كره الشراء منه ودلالة الحال دون دلالة النظر فأوجب التنزه وذلك لا بظاهر يده في كونها دلالة على أن الملك له فوق دلالة الحال على كون ما في يده ملكا لغيره والتحري مشروع لترجح أحد

الاحتمالين على الآخر غير مشروع لإبطال دليل راجح في نفسه قبل التحري ومتى أمرناه بالتحري يؤدي إلى إبطال ذلك الراجح بالتحري، وإن كان ذو اليد مملوكا لا يشترى منه شيئًا ولا تقبل منه هدية حتى يسأله عنه؛ لأنه علم يقينا أن ما في يده ملك غيره، فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة فلا بأس؛ لأن قول العبد العدل حجة في المعاملات كقول الحر لأن للناس ضرورة في المعاملات مع العبيد فلو لم يقيد قوله في المعاملات بدون البينة لضاق الأمر على الناس، فإن لم يكن ثقة فعلى ما يقع في قلبه، فإن كان لا رأي له لم يتعرض لشيء منه كما في الحر، ولو كان صبيا أخبره أنه أذن له في بيعه وأن فلانا بعث به هدية يتحرى فيه صدقه وكذبه؛ لأن الصبي وإن كان عدلا لكن بسبب قصور عقله قد يُقدمُ على الكذب لقلة المبالاة كالفسق، ولو كان المخبر فاسقا يتحرى، وإن لم يكن له رأي بقي الأمر على ما كان فكذا هذا.

ولو عرف جارية لرجل ثم رآها في يد آخر يبيعها ويزعم أنها كانت في يد فلان يزعم أنها له وكانت مقرة له بالرق غير أنها كانت لي، وإنما أمرتها به تلجئة لا مرجعية وصدقته الجارية والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه إلا أن يكون عنده أنه كاذب؛ لأن قول العدل حجة في المعاملات إذا لم ينازعه أحد في خبره ولم يثبت منازع في خبره؛ لأنه أقر بكونها وديعة عند فلان والمودع لا ينازع المالك فما كان وديعة عنده؛ لأنه أخذه للمالك لا لنفسه فصار الثابت بخبره كالثابت معاينة، ولو قال: ظلمني، وغصبني فأخذتها منه لم يسع شراؤها فقد كان المخبر أو غير ثقة؛ لأنه أقر أن له منازعا في هذا العين؛ لأنه أقر أن ذا اليد غصبها منه والغاصب منازع للمالك؛ لأنه أخذه لنفسه لا للمالك وقول الواحد لا يكون حجة متى نازعه غيره في إخباره، وإن قال: ظلمني ثم رجع عن ظلمه وأقر لي بها ودفعها إلي؛ أو قال: خاصمته إلى القاضي فقضى لي فأخذتها منه أو من منزله؛ وهو ثقة أو غير ثقة ولكن أكثر رأيه أنه صادق فلا بأس بالشراء منه؛ لأنه لم يقر بالمنازع؛ لأن الغاصب بعدما دفع المغصوب إلى المالك أو بعد القضاء لا يبقى منازعا ما لم يجحد القضاء حتى لو قال: جحدني القضاء لا يسع الشراء منه؛ لأن مع الجحود يكون منازعا فقد أقر بالمنازع فلا يكون قوله حجة.

ولو قال: اشتريتها من فلان ونقدت وهو ثقة، وقال ثقة آخر: أن فلانا جحد هذا الشراء لم يسع الشراء منه؛ لأن الخارج أخبر عن المنازع وفيما أخبر اعتمد دليلا حادثا يعرف من حيث المشاهدة والمعاينة وهو جحود البائع وذو اليد فيما أخبر من الشراء لم يعتمد دليلا حادثا على عدم الجحود بل اعتمد استصحاب الحال وهو إقرار البائع بالشراء وإنه لا يوجب عدم الجحود بل عدم الجحود يكون ثابتا باستصحاب الحال، فإن الأصل هو العدم والعمل بما ينبني ويعتمد على الدليل أولى من العمل بما ينبني من استصحاب الحال؛ لأن المتمسك باستصحاب الحال عمل بغير دليل بخلاف ما أخبر أحدهما بطهارة الماء والآخر بنجاسته، فإنه يتحرى؛ لأن كل واحد من الخبرين بناء على دليل؛ لأن الخبر بالنجاسة منبني على معاينة وقوع النجاسة فيه والخبر بالطهارة مبني على معاينة اغتراف الماء من نهر عظيم واستصحاب الماء إلى وقت الخبر فاستويا فيطلب الترجيح بالتحري، وكذلك إن كان الثاني غير ثقة إلا أن أكثر رأيه أنه صادق؛ لأن أكثر الرأي يقوم مقام العلم عند فقد الأدلة، وإنما وجب التحري هنا؛ لأن خبر العدل والفاسق استويا في كونهما حجة؛ لأن خبر العدل اعتمد استصحاب الحال وذلك حجة للدفع لا للإثبات فكان حجة من وجه دون وجه وخبر الفاسق اعتمد واستند على دليل، لكنه يصير حجة بواسطة التحري فكان حجة من وجه دون وجه فاستويا فيطلب الترجيح بالتحري.

ومن رأى رجلا يبيع جارية عرفت لآخر فشهد عنده شاهدان عدلان أن مولاها أمره ببيعها فاشترى ونقد الثمن وقبض ثم حضر مولاها وجحد الأمر فالمشتري في سعةٍ من منعها حتى يخاصم إلى القاضي لأنهما لو شهدا عند القاضي أطلق القاضي للمشتري إمساكها فكذا إذا شهد عند المشتري حل له إمساكها؛ لأن شهادة شاهدين حجة أقوى من جحود البائع، فإذا قضى بها للمالك لم يسعه إمساكها؛ لأن قضاء القاضي صدر عن حجة وهو إقرار المشتري بكونها ملكا للموكل والوكالة بالبيع لم تثبت بما هو حجة عند القاضي؛ لأن الشهادة ما لم يتصل بها القضاء لا تكون حجة وكان العمل بالقضاء أولى من العمل بالشهادة إلا أن تحدد الشهادة بالوكالة عند القاضي حتى يقضي بها؛ لأن الوكالة تثبت بما هو حجة

مطلقة، وإن قال البائع: أمرني ببيع جاريته التي في منزله والتسليم؛ فلا بأس بالشراء والقبض من منزل مولاها بأمر البائع أو بغير أمره إذا نقد الثمن كان البائع ثقة أو لا إذا وقع عنده أنه صادق؛ لأن قول الواحد العدل حجة في المعاملات، وكذا قول الفاسق عند التحري وعليه الظن في أنه صادق، فإن وقع في قلبه أنه كاذب قبل الشراء أو بعده أو لا رأي له لا يتعرض لها ويعتزل عن وطئها حتى يستأمر مولاها؛ لأن خبر الفاسق يدور عليه الظن لا يكون حجة، والأصل أن لا يجوز الشراء من غير المالك فبقي الأمر كما كان والعامل بغالب الرأي إذا تحول رأيه إلى شيء آخر يلزمه العمل بالرأي الثاني في المستقبل فيعتزل عن وطئها في المستقبل ولا يلزمه فيما مضى حتى لا يبطل الشراء؛ لأن ما مضى باجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله كما في أمر القبلة، فإن وطئها ثم وقع في قلبه أنه كاذب يعتزلها، وإن أنكر المولى يدفع إليه الجارية والعقد؛ لأنه إذا جاء التجاحد والتشاجر من المالك لا يبقى خبر الواحد حجة؛ لأنه لا يزول ملك المالك بغير رضاه بمجرد خبره فظهر أنه وطئ ملك الغير وقد سقط الحد للشبهة فوجب العقد.

(فصل)

تزوج امرأة وغاب ولم يدخل بها فأخبره ثقة عبد أو حر أو محدود في قذف أنها ارتدت عن الإسلام وسعه أن يتزوج بأربع سواها، وكذلك إن كان غير ثقة وأكثر رأيه أنه صادق، فإن كان أكثر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث.

وذكر في (السير الكبير): لا يسعه أن يتزوج بأختها وأربع سواها ما لم يشهد على ردتها شاهدان؛ لأن الواحد لما أخبر عن ردتها فقد أقر بالمنازع؛ لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يرتد عن إسلامه فكانت المرأة منكرة للردة ظاهرا باعتبار الظاهر والغالب وجه رواية الاستحسان المخبر، وإن أخبر عن إنكار ردتها لكنه رجع عن هذا الإنكار لما أقر بالرد صريحا فيصدق، كما لو قال ذو اليد: هذا الشيء ملكي والأول كان غاصبًا رجع عن ظلمه وغصبه ودفعه إلي، فإنه يصدق، بخلاف ما لو قال: حين تزوجتها وهي مرتدة؛ لا يسعه أن يأخذ بقوله؛ لأنه متى أخبر عن ردة مقارنة للنكاح صار مقرا بالمنازع فيما أخبر؛ لأن إقدامها على النكاح إقرار منها

بصحة النكاح والردة منافية للنكاح فيكون إقرارًا منها، وإن كانت الردة دلالة وإذا ثبت إنكارها الردة حصل مقرًّا بالنكاح فلا يبقى خبره حجة فأما هنا الإخبار عن ردة طارئة على النكاح لا يكون إقرارا بالمنازع؛ لأن إقدامها على النكاح لا يكون إنكارا لما يقطع النكاح في المستقبل؛ لأن ما يقطعه في المستقبل لا ينافي صحته فيما مضى. وكذلك إن كانت صغيرة فأخبره أنها ارتضعت من أمه أو أخته؛ لأن الرضاع قاطع للنكاح فالإقدام على النكاح لا يكون إنكارا لما يقطعه، وكذا الرضاع أمر مشروع مباح فالإنكار على الرضاع لا يثبت باعتبار الظاهر كما ثبت الإنكار عن الردة فلم يحصل المخبر مقرا بالمنازع.

امرأة غاب زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها مات أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة فأتاها كتاب الطلاق من زوجها ولا تدري أنه كتابه أم لا؛ لأن أكثر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تعتدَّ ثم تتزوج، وكذلك المطلقة ثلاثا إذا قالت: انقضت عدتي فتزوجت بآخر وطلقني وانقضت عدتي فلا بأس للأول أن يتزوجها إذا كانت ثقة أو وقع في قلبه صدقها، وإن لم تكن ثقة لا؛ لأن خبر الواحد حجة في المعاملات والديانات.

ولو أخبرها رجل أن أصل نكاحها كان فاسدا لم يسعها أن تتزوج بقوله، وإن كان ثقة؛ لأنه أقر بالمنازع؛ لأن إقدامها على النكاح يكون إنكارًا للفساد فلا ينافي صحته، وإذا شهد عدلان للمرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وهو يجحد ثم غابا أو ماتا قبل الشهادة عند القاضي لم يسع للمرأة أن تقيم معه وأن تدعه يقربها ولا يسعها أن تتزوج.

وكذلك إذا سمعت الطلاق ثم جحد الزوج وحلف فردّها القاضي إليه لم يسعها المقام معه ولم يسعها أن تعتد وتتزوج؛ لأن الطلاق مستهل على حق الله تعالى من حيث إن فيه تحريم الفرج وعلى حق العبد لما فيه إزالة ملك النكاح فيما هو حق الله تعالى وهو الحرمة تثبت بالشهادة العادلة بدون القضاء وما هو حق العبد وهو زوال الملك عنها لم يثبت إلا بالدعوى والقضاء ما قضى بالفرقة فلا يسعها أن تتزوج بآخر، وكذلك إذا شهد عند الأمة عدلان أن مولاها أعتقها وهو يجحد بمنعه عن القربان وعنه كما في الطلاق.

(باب من يسعه القتل بالتحري أو بالمعاينة من غير قضاء)

(المبسوط): رأى رجلا يقتل أباه عمدًا وأنكر القاتل قتله أو أقر به وقال: كان لي عليه القصاص أو كان مرتدًا أو لم يعلم الابن شيئًا مما يقول ولا وارث غيره؛ فله أن يقتله؛ لأنه عاين سبب وجوب القصاص وهو قتل القاتل أباه عمدا أو إقراره بذلك ودعوى القاتل البراءة أو إنكاره القتل لم يثبت بحجة فصار كما لو قال للآخر: أخذت من مالك بإذنك فقد أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلم يصدق فكذا هذا.

ألا ترى أنه لو أقر بالقتل عند القاضي وادعى ردة المقتول قضى القاضي بالقصاص فكذا هذا، ومن رأى يقتل أباه فهو في سعة من إعانة الابن في استيفاء القصاص؛ لأنه علم بوجوب الحق متى عاين قتل وليه فكان له إعانته على استيفاء حقه، وكذلك إن أقر بين يديه ثم أنكر الإقرار؛ لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة؛ لأن التهمة منتفية عن الإقرار، وإن شهد عند الابن عدلان بالقتل أو بإقرار القاتل به فليس له أن يقتله ولا لآخر أن يُعِيْنه إلا إذا قضى به القاضي؛ لأن تهمة الكذب متمكنة في الشهادة لأنها إقرار على الغير والإنسان قد يقر على غيره كاذبا فيجب أن لا ينتصب حجة كالإقرار إلا أنه سقط اعتبار احتمال الكذب في الشهادة وانتصبت حجة شرعا عند اتصال القضاء به لضرورة إحياء حقوق الناس وصيانتها عن الضياع، وإن قضى ثم شهد عنده عدلان أن أباه قتل وليه عمدا أو كان مرتدا فليس له أن يعجل بقتله في الديانة؛ لأنه وجد المطلق للاستيفاء ولكن القتل متى وقع خطأ لا يمكن تداركه وتلافيه، وقد شهد عنده عدلان بالسقوط فأورث شبهة السقوط فوجب أن يتأنى ولا يتعجل في الاستيفاء احترازًا عن الشبهة، ولو شهد بذلك عبدان أو محدودان في قذف أو نسوة متفرقات فهو في سعة من قتله وإن توقف فأحوط؛ لأن هذه الشهادة ليست بحجة للسقوط فلا تورث شبهة السقوط لكن الاحتياط في أمر الدم مستحبٌّ. وإن شهد واحد عدل وقال القاتل لي شاهدان فالمستحب أن لا

يعجل، وإن قتله فهو في سعة؛ لأن القول الواحد العدل مقبول في الديانات فيورث شبهة في المعاملات عند المنازعة فكان التثبت والتوقف أولى وينبغي لمن حضر مجلس القاضي بأن يعين بالقود الولي على استيفائه ولا يسعهم إلا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

وذكر ابن سماعة عن محمد: أن يصلى على الذمي بشهادة الواحد أنه مسلم، ولا تترك الصلاة على المسلم بشهادة الواحد أنه ارتدَّ؛ لأن أمور الدين مبنية على الاحتياط والصلاة بشهادة الفرد احتياط في أمور الدين فتجب والاحتياط أن لا يسيء الظن بالمسلم ولا يحمد أمره على ما هو حرام بسبب ضعيف وهو قول الواحد حتى يتأكد ذلك بمقارنة خبر آخر معه كما في الصوم يجب بشهادة الواحد إذا كان في السماء علة، ولا يجوز الفطر إلا بشهادة رجلين، والله عز وجل أعلم.

كتاب التحري

يحتاج إلى معرفة: كون التحري حجة يجب العمل به، وإلى تفسيره لغة وشريعة، وإلى ركنه، وشرط جوازه، وحكمه تشريعه.

أما كونه حجة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] والتثبت هو التوقف وطلب الصدق في نبأ الفاسق متى وقع الاشتباه فيه وقوله صلى الله عليه وسلم: "**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحر الصواب**" وقد اجتمعت الأمة على كونه حجة.

وأما المعقول: وهو أن حالة الاشتباه وتعارض الأدلة لما لزمه العمل بموجب التكليف مست الضرورة إلى جعل التحري حجة لترجح بالتحري بعضها على بعض فيعمل بالراجح منها ليتخلص عن عهدة التكليف.

وأما تفسيره لغة: فهو عبارة عن طلب الخبر بقلبه يقال أتحرى مسرتك أي أطلب بقلبي ما يسرك من الخير.

وفي الشريعة: يراد به طلب ما هو صواب في الشرع بقلبه قال الله تعالى: ﴿فَمَنۡ أَسۡلَمَ فَأُوْلَٰٓئِكَ تَحَرَّوۡاْ رَشَدٗا ١٤﴾ [الجن: ١٤] أي طلبوا ما هو الصواب في الشرع.

وأما ركنه: فهو طلب الصواب بقلبه؛ لأن التحري يقوم به.

وأما شرط جوازه: ففقد سائر الأدلة حالة اشتباه المطلوب؛ لأن التحري إنما جعل حجة حالة الاشتباه وفقد الأدلة لضرورة عجزه عن الوصول إليه.

وأما حكمه: فوقوع العمل صوابًا في الشرع والله أعلم.

(باب التحري في القِبلة)

(المبسوط) مسائله على ثلاثة أنواع: إما أن لا يشك في القِبلة ولا يتحرى، أو يشك ويتحرى.

أما إذا لم يشك وصلى إلى جهة في ليلة مظلمة من غير تحري فهو على الجواز حتى يظهر أنها ليست بقبلة بيقين بأن انجلى الظلام أو بأكثر رأيه بأن تحرى ووقع تحريه على غير الجهة التي صلى إليها، فإنه يلزمه الإعادة إن كان بعد الفراغ من الصلاة؛ لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل؛ لأن الظاهر من حال المسلم أن يقصد أداء الصلاة إلى القبلة ويكون قيامه إلى الصلاة على تحري القبلة فيجب حمل أمره على الجواز حتى يتبين خلافه بيقين أو بأكثر رأيه؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم عند الاشتباه وذلك لأن الثابت بظاهر الحال يترفع بقيام الدليل؛ لأن الثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال؛ لأن استصحاب الحال ثابت بعدم الدليل فيكون دون الثابت بالدليل.

وإن علم في الصلاة أنه أصاب القبلة أو كان أكثر رأيه ذلك يستقبلها؛ لأن ما ظهر من الحالة في الانتهاء فوق الحالة الماضية؛ لأن التوجه إلى القبلة في الحالة المؤتنفة ثابت بالدليل، وفي الحالة الماضية ثابت بظاهر الحال، والثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال فلا يمكنه بناء الباقي على الماضي؛ لأن الأقوى لا ينبني على الأوهى كالأمي إذا صار قارئا والمومئ إذا قدر على الركوع والسجود في الصلاة.

وأما إذا شك في القبلة فلم يتحر وصلى يعيد صلاته إلا إن يتبين أنه أصابها؛ لأن التحري افترض عليه حالة الاشتباه وصار فرضا من فروض صلاته فيفسد بتركه إلا إذا علم أنه أصاب القبلة تبين أن التحري لم يكن فرضا عليه؛ لأن ما افترض لغيره لا يبقى فرضا متى حصل المقصود بدونه كالسعي إلى الجمعة لا يبقى فرضا متى حصل بغيره، وإن كان أكثر رأيه أنه أصاب اختلفوا فيه؛ قيل: يجزيه؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم، وقيل: لا يجزيه؛ لأن التحري افترض عليه بيقين فلا يسقط إلا بيقين مثله ولا يسقط بما دونه وهو غالب الرأي، فإن تبين أنه أصابها في الصلاة يستقبل كما بينا، وعند أبي يوسف يبني، وأما إذا شك في القبلة وتحرى وصلى إلى جهة ثم تبين أنه استدبر القبلة لا يعيد صلاته خلافًا للشافعي إن ظهر أنه صلى يمنة أو يسرة جاز بالإجماع.

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥] أي أمر الله ورضا الله، ولأن القبلة في حالة الاشتباه هي الجهة التي يشهد قلبه أنها جهة الكعبة؛ لأنه تكليف بالصلاة، والتكليف يعتمد الوسع وقد عجز عن الصلاة إلى جهة الكعبة حقيقة لفقد الأدلة الموصلة والعلامات المفضية إليها، فأقيمت هذه الجهة مقام جهة الكعبة في حقه عند عجزه عن التوجه إلى عينها كالنائي عن الكعبة أقيم جهة الكعبة مقام عينها في حقه متى عجز عن التوجه إلى عينها أداء، إذ المطلوب في الأحوال كلها ابتغاء مرضات الله تعالى بتعظيم أمره وإجلاله وتفخيم شأنه وامتثاله، وإلا فالله تعالى مستغن عن الجهة متعالٍ عنها، ولهذا صحت النافلة على الراحلة بدون التوجه إلى الكعبة، بخلاف ما لو توضأ بماء أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس يلزمه الإعادة؛ لأن الماء والثوب النجس ما أقيم مقام الطاهر قط؛ لأن الطهارة شرط أصلي لا ينفك جواز الصلاة عنها؛ لأن معنى التعظيم يتكامل بوجودها ومختلٌّ بانعدامها فلا يسقط بالنسيان كما لو صلى بدون الطهارة ناسيا، ولو تحرى ووقع تحريه إلى جهة ثم صلى إلى جهة أخرى وأصاب القبلة لا يجزيه، وحكى أبو سليمان عن أبي يوسف أنه يجزيه؛ لأن التوجه إلى الجهة التي وقع تحرِّيه عليها لم تفترض لعينه، وإنما افترض لها أنها جهة الكعبة، فإذا أصاب الكعبة بالتوجه إلى غير تلك الجهة فقد حصل المقصود فسقط فرضية التوجه إلى تلك الجهة كما لو نزل التحري أصلا، وجه ظاهر الرواية أن الجهة التي وقع عليها التحري صارت قبلة له نصًّا وعقلا قائمة مقام الكعبة فافترض التوجه إليها لعينه، فإذا ترك التوجه لها فقد ترك فرضا من فروض صلاته فلا يجزيه، ولهذا قال أبو حنيفة: أخشى عليه الكفر، وقيل: وعلى هذا لو صلى في ثوب وعنده أن نجسٌ ثم ظهر أنه طاهر، وصلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه طاهر، أو صلى الفرض وعنده أنه قبل الوقت ثم ظهر أنه بعد الدخول لا يجزيه؛ لأنه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحرِّيه فلا تنقلب جائزة وإن ظهر بخلافه.

رجل دخل مسجدا لا محراب له فتحرى القبلة وفيه قوم من أهله يعيد صلاته إن أخطأ؛ لأن التحري إنما شرع حجة حال فقد الأدلة وخبر المخبر في الدلالة على القبلة فوق التحري فلم يصح التحري، وإن سألهم في الابتداء فلم يخبروه حتى تحرى وصلى ثم أخبروه أنه لم يصب القبلة، فإنه تجزيه صلاته؛ لأنه فعل ما عليه، كما لو كان عنده قوم فلم يسألهم عن الماء حتى تيمم وصلى ثم سألهم فأخبروه بالماء لم تجز صلاته؛ لأنه قدر على الوصول إلى الماء بالسؤال، ولو سألهم فلم يخبروه فتيمم وصلى ثم وجد الماء أجزأته صلاته؛ لأنه عجز عن الوصول إلى الماء.

(النوادر): ثلاثة صلوا بجماعة في مفازة بالتحري وأحد المقتدرين لاحق والآخر مسبوق فلما سلّم الإمام علم أنه صلى لغير قبلة فصلاة اللاحق فاسدة وصلاة المسبوق جائزة يحوِّلُ وجهه إلى القبلة ويبني؛ لأن اللاحق وهو النائم يصلي مثل ما فاته مع الإمام كأنه خلفه، ولو أمرناه أن يصلي مثل ما صلى الإمام لكان يصلي لغير القبلة، ولو أمرناه بأن يحول وجهه إلى القبلة يصير مخالفا لإمامه.

(باب التحري في دفع الزكاة)

(المبسوط): مسائله على ثلاثة أنواع: إما أن دفع الزكاة إلى رجل وقد يخطر بباله أنه غني أو فقير، أو خطر بباله أنه فقير ولم يستدل على كونه فقيرًا ثم جعل أمارة على الفقر أو استدل به. أما إذا دفع ولم يخطر بباله شيء، فإنه يجزيه إلا إذا علم أو أكبر رأيه أنه غني؛ لأن الفقر أصل في بني آدم والغنى عارض فتمسك بما هو الأصل في حق المدفوع إليه حتى يثبت غناه بدليل؛ كمسافر وجد ماءً في المفازة ولم يدر أنه نجس أم طاهر فتوضأ به يجزيه؛ لأن الطهارة أصل في الماء فيتمسك بما هو الأصل.

وأما إذا خطر بباله أنه فقير ولم يستدل بفقره بشيء، فإنه يجزيه حتى يعلم أنه غني أو كان أكبر رأيه ذلك فلا يجزيه؛ لأن التحري لا عبرة به في الزكاة؛ لأن شرط جواز التحري فقد سائر الأدلة وفقد سائر الأدلة لا يكون في الزكاة؛ لأن من جملة الأدلة خبر المدفوع إليه عن فقره وخبر المدفوع إليه عن فقره لا ينعدم بحال، ولم

يذكر محمد نظير هذه المسألة من القبلة أنه متى وقع في قلبه من غير اشتباه أن القبلة هذه الجهة فصلى إليها وقد قال مشايخنا بأنه يجزيه حتى يتبين أنه لم يصب القبلة كما في مسألة الزكاة؛ لأن التحري حال عدم الاشتباه لا عبرة به فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

وأما إذا دفع إلى رجل بعدما أخبره أنه فقير يجزيه بكل حال عندهما.

وقال أبو يوسف والشافعي: إذا علم أنه غني لم يجزه، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة وعلامات الفقر أربعة: السؤال من الناس والسيماء والوقوف في صف الفقراء وإخباره هو أو غيره عن فقره؛ لأن خبر الواحد في المعاملات حجة فوق التحري كما بينا ففي الديانات أولى أن يكون حجة فوق التحري، وإن كان فاسقا؛ لأن فسقه إنما يحمله على الكذب إذا كان فيه جلب منفعة لنفسه وحصول منفعة الصدقة له مشكوك فيه وقد يعطيه صاحب المال وقد لا يعطيه، والعاقل لا يقدم على الحرام لمنفعة مشكوكة موهومة فيساوي الفاسق العدل في ذلك، وكذا وقوفه في صف الفقراء وسؤاله من إخراج يده إخباره عن فقره دلالة وكذا السيماء خبر عن الفقر دلالة لقوله تعالى: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ لَا يَسۡـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلۡحَافٗاۗ﴾ [البقرة: ٢٧٣] ولم يذكر أنه لو دفع زكاته إلى رجل ولم يشك في فقره ولم يتحر ذكر الحاكم في مختصره أنه لا يجزيه إلا إذا علم أنه فقير كما في القبلة، ومن مشايخنا من قال بأنه يجزيه كما إذا لم يحضره شيء؛ لأن التحري لا يعتبر في باب الزكاة فصار حالة الاشتباه وغير حالة الاشتباه سواء بخلاف القبلة؛ لأنه قد لا يجد دليلا يعمل به سوى التحري فلزمه العمل بالتحري كما بينا.

(باب التحري في اختلاط موتى المسلمين بالمشركين والميتة بالذكية)

(المبسوط): اختلاط موتى المسلمين وموتى الكفار من كانت به علامة المسلمين كالخضاب أو الختان أو لبس السواد يصلى عليه، ومن كانت به علامة الكفار يترك؛ لأن العلامة مما تفيد له العلم كمن دخل دار الحرب حل له قتل من

تلقاه إلا من كان عليه علامة المسلمين وهذه الأشياء سنة المسلمين.

أما الختان فظاهر.

وأما الخضاب فلقوله صلى الله عليه وسلم: "اختضبوا بالسواد، فإنه أهيب للعدو وأعجب إلى النساء".

وأما لبس السواد، فإنه عادة بني العباس كانوا يأخذون الناس في زمنهم بلبس السواد، ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا لبست أمتي السواد فانعوا الإسلام"، فإن لم يكن عليهم علامة والمسلمين أكثر غسلوا وصلوا عليهم؛ لأن الحكم للغلبة فما نقدر الوصول إلى معرفته فترجح إطلاق الصلاة على المنع لغلبة المسلمين، ألا ترى أن من وجد ميتا في دارنا صلى عليه اعتبارا للغالب وإن احتمل أن يكون كافرا، ولو وجد ميت في دار الحرب لا يصلى عليه وإن احتمل أن يكون مسلما إلا أنه ينوي بالدعاء المسلمين؛ لأنه تعذر تمييزه فعلاً أمكن تمييزه نية وعزمًا والصلاة دعاء واستغفار ويحل ذلك للمسلم دون غيره متى ميزنا لبسه تقع للمسلم لا للكافر معنى ويدفنون في مقابر المسلمين؛ لأنه أجري عليهم حكم الإسلام لما صلى عليهم وإن استويا أو المشركون أكثر فلا يصلى عليهم؛ لأن الصلاة على الكفار لا تجوز بحال وترك الصلاة على المسلم تجوز بحال بأن كان الميت باغيا أو قَطَّاع الطريق فكان جهة الترك أرجح فكان الترك أحق ويغسلون ويكفنون كما عرف في الصلاة ويدفنون في مقابر المشركين إن كانت الغلبة للكفار، وإن استويا قيل يدفنون في مقابر المشركين وقيل يدفنون في مقابر المسلمين وقيل يدفنون في مقبرة على حدة.

وأصل الاختلاف: كتابية ماتت وفي بطنها ولد مسلم قد مات لا يصلي عليهما بالإجماع واختلف الصحابة في موضع الدفن قال بعضهم: تدفن في مقابر المسلمين ترجيحا لجانب الولد.

وقال بعضهم: تدفن في مقابر المشركين ترجيحًا لجانب الأم، فإن الولد جزء منها ما دام في البطن.

وقال عقبة بن عامر: يتخذ لها مقبرة على حدة؛ لأنه إنما يصار إلى الترجيح عند

تعدد العمل بالدليلين ومهما أمكن العمل بهما بأن يتخذ لها مقبرة على حدة فلا يطلب الترجيح.

(فصل)

فإذا اختلطت المسالخ الذكية بميتة أو بذبيحة مجوسي أو بمتروك التسمية عامدًا إن كان بينهما علامة يمكن الفصل بينهما يفصل؛ لأن العلامة صلحت دلالة، وإن لم يكن إن كانت الغلبة للذكية يتحرى فألقي الحرام وأُكِلَ البقية.

وقال الشافعي: لا يجوز التحري وهو القياس؛ لأنه اجتمع الحلال والحرام فيغلب جانب الحرمة احتياطا، وجه الاستحسان: أن أموال الناس لا تخلو عن قليل الحرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري حال غلبة الحلال لأدى إلى تعطيل أملاك الناس فيؤدي إلى حرج عظيم، وكذا الذبائح التي في دار الإسلام لا تخلو عن ميتة أو ذبيحة أو متروك التسمية عامدا أو اختلاط الشاة المملوكة بالمغصوبة أو بلحم تناوله حرام بسبب من الأسباب فلو حرمنا التناول لوقع الناس في حرج وضيق شديد، وإن استويا أو كان الحرام أكثر لم يتحر وألقى الكل؛ لأن أموال الناس لا تخلو من أن تكون للأكثر أو النصف حرام غالبًا وقد استوى الحل والحرمة فتغلب ورجح جانب الحرمة احتياطا، وإذا اختلط ودك الميتة بودك الذكية أو بالسمن أو بالزيت، فإن كان ودك الميتة مثله أو أكثر لم ينتفع به لا تبعًا ولا استصحابًا؛ لأنه استوى الحظر والإباحة فغلب الحظر الإباحة لقوله عليه السلام: "**مَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ إِلاَّ وَقَدْ غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَال**"(١).

وإن كان السمن أو الزيت غالبًا لا يحل أكله ويحل الانتفاع به فيما سوى الأكل؛ لأن الغلبة كما كانت للحلال صار المغلوب فيه هالكا حكما فاعتبرنا كون الحرام المغلوب كالهالك في حق الانتفاع في غير الأكل إذ النجاسة غير مانعة من الانتفاع

---

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء (٢/٢٣٦)، وقال: قال ابن السبكي في الأشباه والنظائر نقلا عن البيهقي: رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وفيه ضعف وانقطاع. وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: لا أصل له، وأدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له.

فيما سوى الأكل، فإنه يجوز الانتفاع بالأرواث بإلقائها في الأراضي وبالتراب النجس واعتبرنا قيام الحرام حقيقة في حق حرمة الأكل احتياطا؛ لأن الحرام واجب الاجتناب عنه والحلال مباح التناول والعمل بالواجبات أولى من العمل بالمباح.

(باب التحري في الأواني والثياب)

(المبسوط): معه في السفر ثلاثة أواني: اثنان طاهران وواحد نجس، تحرى المتوضئ ولا يجزيه ترك التحري؛ لأن الغلبة إذا كانت للطاهر ترجحت جهة جواز الاستعمال إلا أن احتمال النجس ثابت من وجه فيُميَّزُ النجس بالتحري؛ لأنه لا يفيد العلم غالبًا، وإن كان النجس اثنان أو معه اثنان أحدهما نجس لم يتحر وأراق كلها وتيمم، فإن تيمم بلا إراقة جاز.

وقال الشافعي: يتوضأ بالتحري.

والصحيح قولنا؛ لأن الوضوء بهذا الماء يجوز من وجه ولا يجوز من وجه والتيمم كذلك فاستويا في الجواز والفساد إلا أن اعتبار التيمم أولى؛ لأنه إن لم يفد الطهارة بيقين لكن لا يوجب نجاسة الأعضاء والوضوء لا يفيد الطهارة بيقين لكن يوجب نجاسة الأعضاء فكان اعتبار التيمم أولى، وكذا يجوز ترك استعمال الماء الطاهر لعذر العطش، ويجوز التيمم ولا يجوز التوضؤ بماء نجس بحال فيرجح جهة ترك الاستعمال فلا يجب استعماله، ولكن الأفضل أن يريق الماء ثم يتيمم ليصير عادمًا للماء بيقين، وحكي عن الطحاوي أنه قال يخلط النجس بالطاهر حتى يصير عادمًا للطهور بيقين ويبقى الماء له إن احتاج إلى الشرب يشربه.

وإن توضأ بالماءين وصلى، فإنه تجزيه صلاته إذا مسح في الموضعين من الرأس؛ لأنه إن توضأ بالطاهر أولًا فقد زال الحدث ثم إذا توضأ بالنجس تنجست أعضاؤه فهذا طاهر عن الحدث في أعضائه نجاسة حقيقية وهو عادم للماء فتجزيه صلاته.

وإن توضأ بالماء النجس أولًا تنجس أعضاؤه، فإذا توضأ بالطاهر زال الحدث والنجاسة الحقيقية عنها إلا أنه إذا مسح على الرأس على موضع واحد في المرتين

لا يجوز؛ لأن المسح إن كان بالطاهر أولا يجوز، وإن كان بالطاهر آخرا لا يجوز؛ لأن البلل ينجس بأول الملاقاة فلا يتأدى به المسح فدار بين أن لا يجوز وبين أن يجوز بالشك احتياطًا.

وإن مسح في مكانين يجزيه كيف ما كان، قيل: إذا كان تجزئه الصلاة على هذا الوجه فلماذا يجزيه التيمم؟

قلنا: لأنا لو أوجبنا عليه ذلك أدى إلى الجرح كما في الثياب كما تبين معه في سفر ثياب بعضها طاهر وبعضها نجس ولا يدري الطاهر منها ولا يجد ثوبا طاهرًا ولبس معه ما يغسله يتحرى، وإن كان الأكثر نجسًا؛ لأن كل الثياب لو كانت نجسة جاز له الصلاة فيها، وإن كان بعضها طاهرًا، لأن يجوز له التحري أولى؛ لأنه ليس في التحري أكثر من أن يصلي في الثوب النجس وهو غير قادر على ثوب طاهر فيكون مضطرًا إلى الصلاة فيها فجاز له التحري؛ لأن جهة الجواز أغلب وأرجح بخلاف المسالخ؛ لأنه ليس بمضطر إليها حتى لو كان في موضع لا يجد من الطعام غير تلك الغنم استوت حالها وحالة الثياب فتحرى وأكل.

فإن قيل: يجب أن لا يتحرى ويصلي في الثياب كلها حتى يخرج عن الفرض بيقين؟

قلنا: لو أمرناه بالصلاة في ثوب يحرج فيه لأنه من الجائز أن يختلط بغيره فيحتاج إلى أن يؤدي صلاة واحدة عشر مرات حتى يخرج عن الفرض بيقين وفيه حرج عظيم، وإن تحرى فصلى في أحدهما الظهر ثم تحول رأيه إلى الآخر فصلى فيه العصر لم يجز العصر؛ لأنا متى حكمنا بطهارة الأول وبجواز الصلاة فيه بالاجتهاد فقد حكمنا بنجاسة الثاني، فلو حكمنا بطهارة الثاني فقد حكمنا بنجاسة الأول وفساد الصلاة التي أدى فيه بالاجتهاد، وكل حكم متى قضي باجتهاد لا ينقص باجتهاد مثله؛ لأن الاجتهاد الثاني يحتمل الخطأ أو الصواب فلا يجوز رفع الأول ونقضه بالشك، بخلاف من صلى الظهر إلى جهة بالتحري ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى فصلى العصر إليها جاز؛ لأن ذلك لا يؤدي إلى نقض الظهر بالاجتهاد؛ لأن الجهة التي تحراها صارت قبلة للظهر شرعا، فإذا تحول رأيه صارت الجهة

الأخرى قبلة للعصر؛ لأن الأحكام الشرعية قابلة للتوقف، فأما النجاسة أمر حسي فلا يصف طاهرًا بالتحري بدليل أنه لو صلى فيه بالتحري ثم تبين أنه نجس يعيد الصلاة ولكن جعلناه طاهرا بالاجتهاد، ولو جعلنا الثاني طاهرا بعده جعلنا الأول نجسًا بالاجتهاد نصًّا فيؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد فلا يجوز، فإن تيقن أن ثوب الظهر كان نجسًا أعاد الظهر وأجزأه العصر؛ لأن هذا نقض الاجتهاد باليقين وإنه جائز، وأما إعادة الظهر؛ لأن في الجملة الوقوف على طهارة الثوب ممكن إما بالعلامة أو بالتفحص عن حاله فلم يعذر في سقوط التكليف عنه بالصلاة في ثوب واعتبره عذرا في دفع المأثم عنه لما فيه من الحرج.

وكذلك إذا صلى في أحدهما الظهر وفي الثاني العصر وفي الأول المغرب وفي الثاني العشاء فما صلى في الثوب الأول جائز وما صلى في الثاني فاسد كما بينا.

وكذلك لو كان ثلاثة أثواب فتحرى وصلى الظهر في أحدهم أو صلى العصر في الثاني وصلى المغرب في الثالث ثم صلى العشاء في الأول فصلاة الظهر والعصر جائزة وصلاة المغرب والعشاء فاسدة؛ لأنه لما صلى الظهر والعصر في الأول والثاني فقد حكم بطهارتهما فتعين الثالث للنجاسة فلم يجز المغرب فيه وحين صلى العشاء في الثوب الطاهر فقد صلاها وعليه قضاء المغرب فلم يجز أيضًا لمراعاة الترتيب، وفي رواية أخرى: لأن العشاء جائز كما ذكرنا في إمام المغرب كما تبين، ولو كان له ثوبان وعنده أنهما طاهران وصلى في أحدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الأول المغرب وفي الآخر العشاء فوجد بأحدهما قدرًا ولا يعلم هو الأول أم الآخر فصلاة الظهر والمغرب جائزة والعصر والعشاء فاسدة؛ لأنا متى حكمنا بصحة الظهر باعتبار الأصل فما يفعله المسلم العاقل الصحة فقد حكمنا بطهارة الثوب الذي صلى فيه ضرورة فتعين الآخر للنجاسة كما لو حكمنا بطهارته بالتحري وكل صلاة صلاها في الثوب الأول وقعت مجزيةً وكل صلاة صلاها في الثاني وقعت فاسدة، وعلى هذا ذكر في النوادر ثلاثة نفر سمع من أحدهم صوت وأنكر كل واحد منهما أن يكون منه فأمَّ أحدهم الظهر والآخر العصر والآخر المغرب أو صلى كل واحد صلاة على هذا الوجه ثم وجد في موضع السجود قطرة

من دم وأنكر كل واحد أن يكون منه فصلاة الظهر للكل جائزة والعصر تجوز لإمام العصر ولإمام الظهر ولا تجوز لإمام المغرب، في صلاة المغرب تجوز لإمام المغرب خاصة لا غير في رواية أبي سليمان عن محمد وفي رواية خلف عن محمد صلاة المغرب فاسدة للكل. أما الظهر جائزة للكل؛ لأن الإمام يقول أنا طاهر، وكل واحد من المقتدين يقول أنا طاهر لأن اقتداؤهما به تحرٍّ منهما أنه طاهر وإنما المحدث صاحبي المؤتم إلا أن حدث أحد المقتدين لا يمنع جواز صلاة الآخر فيعتبر زعم كل واحد في حقه؛ لأن كل واحد لما أنكر أن يكون الحدث منه صار مضطرًا إلى التحري فيمكنه أداء الصلاة بجماعة لأنها ألحقت بالفروض من حيث إنها شعار الإسلام فمست الضرورة إلى اعتبار زعم كل واحد منهم.

وأما صلاة العصر تجوز لإمام العصر ولإمام الظهر باعتبار زعمهما ولا تجوز لإمام المغرب؛ لأنه لما اقتدى بأحدهما في الظهر وبالآخر في العصر فقد زعم أنهما طاهران فتعين هو للحدث.

وأما المغرب تجوز لإمام المغرب لا غير، وفي رواية: لأنه يزعم أنه طاهر والمقتديان يزعمان أنه محدث وحدث الإمام يفسد صلاة المقتدي ولا يفسد صلاته كما لو أنكره. وفي رواية خلف: المغرب فاسدة للكل وهو الصحيح؛ لأن إمام المغرب لما اقتدى بأحدهما في الظهر والآخر في العصر فقد زعم أنهما طاهران فيكون إقرارا منه بالحدث على نفسه دلالة ويجب أن يفسد ظهره وعصره؛ لأنه أقر على نفسه أن الحدث كان منه قبل الظهر والعصر، ولو صلى الظهر في ثوب والعصر في ثوب ثم تبين أن في أحدهما دما ولا يدري أية صلاة صلاها فيه ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يعيد الصلاة؛ لأن إحداهما فاسدة ولا يدري فيعيدهما ليتخلص عما هو عليه بيقين كما لو نسي صلاة من يوم، وفي قول أبي يوسف: يتحرى كما لو نسي صلاة يوم، وفي رواية محمد: يعيد العصر والله أعلم.

(باب التحري في عتق الجواري ووطئهن)

(المبسوط): ومن أعتق جارية من إمائه بعينها وهن أربعة ثم نسيها لا يتحرى

للبيع والوطء وكذلك الطلاق؛ لأن التحري إنما يجوز فيما يحل في حالة الضرورة ويستباح بالإباحة دون ما لا يحل بالضرورة والوطء لا يحل بالضرورة الماسة ولا يستباح بالإباحة فبالخروج أولى وبالأكل يباح بالضرورة فيحتاج إلى الخروج أيضًا؛ لأنه نوع ضرورة ولا يحول القاضي بينه وبينهن حتى يتبين المعتقة والمطلقة ليقع الأمن عن وطء المحرمة.

وإن متن إلا واحدة لا يطأها لجواز أن الحية هي المحرمة، فإن أخبر أنها غير المطلقة يستحلف ألبتة ما طلق هذه بعينها ثلاثا، فإن حلف جاهلا لا يسعه أن يقربها؛ لأن الحلف لا يبيح ما كان حراما عليه، فإن باع ثلاثا من الجواري يحكم الحاكم بجواز بيعهن وكان ذلك من رأيه وجعل الباقية المعتقة ثم رجع بعض ما باع إليه بجهة ملك لا يطأها؛ لأن قضاء القاضي لا ينفذ؛ لأنه مخالف للإجماع؛ لأن بالإجماع لا يجوّز هذا البيع فتعين على ملكه الأول، ومتى لم يصح البيع لا تتعين الرابعة للعتق، بخلاف ما لو طلق واحدة من نسائه ثلاثًا بعينها ونسيها ثم طلق كل واحدة تطليقة ثم تزوج الثلاث منهن جاز نكاحهن وتعينت الرابعة ونسيها ثم طلق كل واحدة تطليقة ثم تزوج الرابعة للطلاق، والفرق أن في البيع السبب المزيل للملك وهو العتق وقد تحقق بيقين ووقع الشك في بقاء الملك وزواله وجواز البيع مبني على الملك فوقع الشك في سبب جوازه فلا يجوز بالشك، أما في النكاح سبب جوازه الحل وسبب الحل قائم بيقين وهو كونها أنثى من بنات آدم والطلقات الثلاث تتعرض لزوال الحل لا لزوال سبب الحل فكان سبب الحل في الثلاث بائنًا بيقين ووقع الشك في زوال الحل فلا يزول الحل بالشك فتعينت الرابعة للطلاق وحكمنا بصحة النكاح، فإن تزوجهن فلا بأس بالوطء؛ لأن المعتقة حلت بملك النكاح وما عداها حلت بملك اليمين.

قوم لكل واحد جارية أعتق أحدهم جاريته ثم لم يعرف فلكل واحد أن يطأ جاريته حتى يعلم أنها معتقة؛ لأن كل واحد تيقن بالملك والحل وشك في زواله فلا يزول بالشك فصار كمن شك في طلاق امرأته لا تثبت الحرمة فكذا هذا، بخلاف ما لو أعتق إحدى إمائه بعينها ثم نسيها؛ لأنه تيقن بزوال ملكه عن إحداهن فقد تيقن بوجود سبب الحرمة وشك في ثبوت الحرمة بسبب جهالة المحل فلا

يمتنع ثبوت الحرمة بالشك، وإن كان أكثر رأي أحدهم أنه هو المعتق فالأحب أن لا يقرب حتى يستبين تنزهًا واحتياطا وإن قرب فلا بأس؛ لأنه تيقن بملكه والحل له فلا يزول إلا بيقين وحرمة الوطء حكم زوال الملك والتحري لا يكون بحجة في زوال الملك، فلا يكون حجة في زوال الحل.

ولو اشتراهن واحد علم ذلك لا يحل له قربان واحدة حتى تعلم المعتقة؛ لأنه لما اجتمعن في ملكه يتحرَّهو، بخلاف ما لو كان الحل لواحد وإن اشتراهن إلا واحدة حل له وطؤهن؛ لأنه لم يستيقن بالحرمة في حقه لجواز أن تكون المعتقة هي التي لم يشترها، فإن اشترى الباقية لم يحل له وطء واحدة منهن؛ لأنه تيقن أن المعتقة فيهن. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كتاب اللقيط

يحتاج إلى معرفة: صفة اللقيط، وتفسيره، وحكمه.

أما صفته: فالتقاط صغار بني آدم مفروض عليه إن علم أنه متى لم يلتقط يهلك بأن وجده في مفازة أو واقعا في بئر أو بين يدي سبع صيانة له ودفعًا للهلاك. عند الحسن: رأى أعمى يقع في البئر يفترض عليه حفظه عن الوقوع ومندوب إليه إن كان غالب رأيه أنه لا يهلك بأن وجده في المصر؛ لأنه سعى لإحياء نفس محترمة وإنه مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

وأما تفسيره: فاللقيط لغة وشريعة: اسم لما يلتقط ويرتفع مما يطرح على الأرض من صغار بني آدم.

وأما حكمه: فنذكره.

(باب معرفة أحكام اللقيط)

اللقيط حر وميراثه للمسلمين وعقله عليهم، هكذا رُوي عن علي وابن عمر وشريح رضي الله عنهم، ومن التقط لقيطًا إن شاء أنفق عليه ويكون متطوعا، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق عليه على أن يكون دينا عليه؛ لأنه أنفق على اللقيط بأمر من يلي عليه فنفذ أمره عليه وصار دينا في ذمته كما لو أنفق على صغير بأمر أبيه يكون دينًا عليه فكذا هذا.

وإن أمره القاضي بالإنفاق عليه ولم يشترط له الرجوع ذكر الطحاوي أنه يرجع عليه بعد البلوغ؛ لأنه أمره أن يقضي عنه حقا واجبا فكان له الرجوع على الأمر بما قضى عنه بأمره، كما لو قال لآخر: اقض عني ديني؛ فله الرجوع بما قضى، وإن لم يشترط له الرجوع.

وذكر في الكتاب ما يدل على أنه لا يرجع، فإنه قال أمره بأن ينفق عليه على أن

يكون دينا عليه وذلك؛ لأنه يأمره بقضاء حق واجب بغير عوض؛ لأنه ما يجب على بيت المال من النفقة يجب بغير عوض فلا يكون له الرجوع إلا بالشرط كما لو قال لآخر: أدِّ عني زكاة مالي؛ لا يكون له الرجوع إلا بالشرط بخلاف قضاء الدين؛ لأنه وجب عليه بعوض.

ولو سأل الملتقط من القاضي أن يقبل اللقيط منه، فإن شاء قبل، وإن شاء لا، لأنه متهم في هذه الدعوى لجواز أنه ابنه ولم يكن لقيطا إلا أنه احتال بهذا ليجعل نفقته في بيت المال فيكون مدعيا حقا في بيت المال وهو النفقة فلا يصدق إلا ببينة كمن يدعي الفقر والمسكنة ويطلب النفقة في بيت المال لا يصدق إلا ببينة فكذا هذا، فإن أقام البينة على أنه التقطه، فإن شاء القاضي قبل منه، وإن شاء لا؛ لأنه لما التقط فقد التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه لا ينعزل إلا بعزل القاضي؛ لأنه لو انعزل من غير عزل القاضي كان للقاضي أن يلزمه الحفظ ثانيا؛ لأنه لم يتهيأ للقاضي حفظ كل لقيط فكان له أن يلزم غيره في الحفظ فلا يفيد انعزاله كمن التزم وصاية إنسان إليه ثم جاء إلى القاضي ليخرجه منها فله أن لا يخرجه منها فكذا هذا، وإن قبضه القاضي ودفع إلى آخر ثم سأل الأول أن يرد عليه، فإن شاء رد، وإن شاء لا؛ لأنه أبطل حقه في الحفظ والحضانة حيث سلمه إلى غيره، وللقاضي ولاية إزالة يده الثابتة فلا يكون له إعادة يده الزائلة أولى، وإن وجد معه مالا فقال القاضي: أنفق عليه منه؛ جاز وهو مصدق في نفقة مثله ويجوز أن يشتري الطعام والكسوة له؛ لأنه مال اللقيط لكونه في يده وهو من أهل الملك؛ لأنه حر فيكون ما في يده له، ولأن من طرح لقيطا ومعه مال فقد رضي بأن ينفق منه عليه ثم لا بد من الإنفاق من شراء الكسوة والطعام فدخل تحت الأمر بالإنفاق اقتضاء وولاية الحفظ والتزويج والبيع والشراء له للسلطان لا للملتقط لقوله صلى الله عليه وسلم: "**السلطان ولي من لا ولي له**"، ولأن الولاية إنما تستحق إما بالتملك أو بالقرابة أو بالسلطنة ولم يوجد الكل في حق الملتقط، وإذا زوجه السلطان فالمهر في بيت المال إلا إذا كان للقيط شيء فيكون في ماله.

وذكر في النوادر: الملتقط إذا أمر بختان الصبي وهلك الصبي يضمن؛ لأنه ليس

له هذه الولاية، ولو انتزع رجل اللقيط من يد الملتقط ثم اختصما فيه يدفع إلى الملتقط؛ لأن الأول سبقت يده إليه واستحق حفظه وحصانته فلا يكون للثاني إبطال حقه عليه بغير رضاه، بخلاف ما لو دفعه الأول إلى الثاني ليس له أن يسترده؛ لأنه رضي بإبطال يده وصار الثاني أحق بحفظه وإمساكه فلا يجوز له إبطال حق الثاني، وهذا كمن جلس في المسجد ثم قام فجاء آخر جلس فيه ليس للأول أن يزعجه، ولو أزعجه الآخر كان للأول أن يزعج الثاني؛ لأنه يوجد منه الرضاء ببطلان حقه.

(باب حكم اللقيط في الإسلام والملك)

ولو وجد المسلم لقيطًا في ديار المسلمين فهو مسلم، وإذا وجده ذمي في مكان أهل الذمة كالبيعة والكنيسة فهو على دين أهل الذمة؛ لأنه متى اتحد الواجد والمكان تثبت التبعية للواجد.

ولو وجده مسلم في مكان أهل الذمة أو وجده في ديار المسلمين فقد اختلفت الروايات فيه، في ظاهر الرواية اعتبر المكان دون الواجد حتى لو وجد في دار الإسلام يكون مسلما، ولو وجد في مكان أهل الذمة يكون ذميًا، وفي رواية أبي سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد كيف ما كان دون المكان، وفي رواية: اعتبر الإسلام فأيهما كان على حكم الإسلام، أما الواجد أو المكان يكون اللقيط تابعاً.

وجه ظاهر الرواية: أن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكون في مواضع أهل الذمة في البيع والكنيسة ولا أولاد أهل الذمة في مواضع المسلمين فوجب الترجيح باعتبار الظاهر كما في اللقيط إذا وجد في دار الحرب لم يحكم بإسلامه؛ لأن الظاهر يشهد خلافه، ولأنه تعذر أن يجعل تبعًا للواجد والمكان جميعا لما بينهما من التنافي في الأحكام فيجعل تابعا لأحدهما وجعله تابعا للمكان أولى؛ لأن تبعية المكان أسبق من تبعية الواجد لكينونته فيه قبل أخذ الواجد وبعد أخذ الواجد بقي تبعا للمكان لكينونته فيه فكانت تبعيته للمكان أشد وأكثر فيجعل تابعا، وجه رواية أبي سليمان: أن تبعية الواجد أكثر بقيام يده عليه بنقله حيث شاء واجب ليس مثل ذلك للمكان والتبعية باعتبار اليد والتصرف فيه أشد من تبعية المكان فصار تبعا له

كالأبوين، وجه رواية الأخيرة: أن اللقيط تابع للواجد والمكان وتبعية أحدهما توجب الإسلام وتبعية الآخر توجب الكفر فجعله تابعا لما يوجب الإسلام أولى كالولد الحادث من أبوين أحدهما مسلم والآخر ذمي.

ولو وجد لقيطا في ديار المسلمين فأدرك كافرًا يجبر على الإسلام استحسانًا بالحبس ولا يقتل وكذلك أولاد المسلمين إذا كبروا وأظهروا الكفر، وجه القياس أنه حكم بإسلامه بظاهر الدار فكان بمنزلة ما لو حكم بعبادته.

وجه الاستحسان: أن إسلامه ثابت حكمًا تبعًا [للدار](1) لا حقيقة فلا تتحقق الردة من كل وجه فيعتبر في حق الجبر لا في حق القتل، فصار كصبي حكم بإسلامه تبعًا لأبويه لا بعبادته وبلغ كافرا يجبر ولا يقتل فكذا هذا.

وإذا التقط الذمي لقيطا في ديار الإسلام ثم مات في يده صُلِّي عليه؛ لأنه محكوم بإسلامه تبعا للدار في ظاهر الرواية وإن وجده في ديار الكفر فمات قبل أن يعقل لا يصلى عليه؛ لأنه محكوم بكفره تبعا للدار؛ لأنه وجد في موضع تحت تصرف الكفار وإن وجد في قرية فيها مسلمون وكفار صلوا عليه استحسانًا، وجه القياس: أنه احتمل أنه ولد الكافر فلا يصلى عليه احتياطا، وجه الاستحسان: أنه اجتمع باعتبار تبعية المكان ما يوجب إسلامه وما يوجب كفره فيترجح ما يوجب إسلامه على ما يوجب كفره كالمولود بين كافر ومسلم يحكم بإسلامه، وإن وجد في ديار الإسلام فادعاه ذمي فهو ابنه متفق عليه وهو مسلم؛ لأن له في ثبات النسب من الذمي نفع وفائدة؛ لأنه متى ثبت النسب يلزمه الإنفاق عليه ويزول عنه تعيير الزنا، فإن ما يلحقه من العار والشنار بتعيير الزنا أفحش مما يلحقه بتعيير كفر الأب، فإن الزنا في حق العار أفحش من الكفر حتى كان القذف بالزنا يوجب الحد والقذف بالكفر لا يوجب فيثبت نسبة منه لاختلاف هذه الفائدة وليس من ضرورة إثبات النسب من الذمي الحكم بكفره لجواز أن تكون أمه مسلمة، وقد حكمنا بإسلامه قبل دعوة الذمي فلا يبطل حكمنا بمجرد دعوته بنيته، وإن ادعى الملتقط أنه عبده إن لم يقر بأنه لقيط فالقول قوله؛ لأن الصغير في يده؛ لأنه لا يد للصغير، وإن

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): للمكان.

كان في يده فهو ملكه ظاهرا فيكون القول قوله، وإن أقر أنه لقيط لا يصدق في دعواه إلا ببينة لأنا حكمنا بحريته بالظاهر وهو شهادة الدار والظاهر يزال بالبينة لا بمجرد الدعوى.

وإن وجده مسلم وذمي فالمسلم أولى؛ لأنه يتخلق بأخلاق المسلمين وينشأ على طباعهم ومع الكافر يتخلق بأخلاق الكفرة وينشأ على طباعهم فكان المسلم أولى وصار كالأمة المشتركة بين مسلم وذمي جاءت بولد وادعى كل واحد منهما أنه ابنه، فإنه يقضى به للمسلم؛ لأنه أنفع للصغير فكذا هذا.

(النوادر): ولو التقط المسلم فادعاه نصراني فهو ابنه وهو مسلم إن كان عليه زي المسلمين كما بينا، وإن كان عليه زي أهل الشرك فهو ابنه وعلى دينه يجوز أن يكون في رقبته صليب أو في وسطه زنار أو وسط رأسه مجزوزٌ فيكون هذا علامة على أنه ولد على دينه ولا ينظر في ذلك إلى موضع، وإن كان زيُّه مشكلا والتقطه نصراني وادعاه فهو ابنه على دينه ولا ينظر في ذلك إلى الموضع الذي وجد فيه بأن كان في مسجد أو غيره.

(باب إقرار اللقيط بالرق والجناية عليه)

وإذا أدرك اللقيط وأقر بالرق قبل أن تجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك، فإن صدق المقر له فهو رقيق وإلا فهو حر؛ لأنه مجهول النسب أقر على نفسه بالرق فيصح إلا أنه لا يصح بعدما أجري عليه أحكام الحرية؛ لأنه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار لها كما لو اتصل فيه التكذيب من جهة المقر فقد شرط لصحة إقراره إدراك اللقيط وذلك يدل على أن إقراره بالرق قبل الإدراك لا يصح؛ لأنه بهذا الإقرار يضر نفسه والصبي مجحود عما تضره الأقوال، بخلاف ما لو كان في يده صبي لم يعرف أنه لقيط فادعى أنه عبده وصدقه الصغير صار عبدا له، وإن كان بهذا الإقرار يضر بنفسه؛ لأنه تبطل حريةٌ تثبت له باعتبار الأصل فإن الحرية أصل في بني آدم، ولهذا لو رد لا يصح دعواه؛ لأن يد ذي اليد ثابتة عليه من كل وجه؛ لأنه لم يعرف كونه إلا في يده والقول قول ذي اليد

فيما في يده كما لو كان صبيا لا يعبر عن نفسه فصار عبدًا له لقيام يده عليه لا بتصديق، ولهذا لو سكت يصير أيضًا عبدا له لكن إذا رد لا تصح دعواه؛ لأنه لما كان يعبر عن نفسه فله يد على نفسه من وجه من حيث إنه من أهل التدبير والتمييز فيصح رد اللقيط. امرأة تزوجت ثم أقرت بالرق لإنسان لم تصدق على فسخ نكاحها وهي أمة للمقر له؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت الرق فيها فساد النكاح لجواز أن يكون النكاح في ملك غيره ثم صار ملكا للمقر له فصح إقرارها فيما لا يتعدى إلى إبطال حق الغير وهو انفساخ النكاح، فإن كان الزوج طلقها ثنتين ثم أقرت بملك الرجعة.

وإن كان طلقها واحدة ثم أقرت كان طلاقها ثنتين والفرق أنه متى طلقها واحدة لو جعلنا طلاقها ثنتين لا يبطل حقه في النكاح؛ لأنه يمكنه أن لا يطلقها ثانيا بعد ذلك فيحصل له ما يحصل بالثلث، وأما لو جعلنا طلاقها ثنتين بعدما طلَّقها ثنتين فبطل حقه ثم في المراجعة والنكاح فلا يصدق فيما يؤدي إلى إبطال حق الآخر، وعلى هذا لو حاضت حيضة ثم أقرت فعدتها حيضتان؛ لأنه أمكن للزوج مراجعتها في الحيضة الثانية، ولو حاضت حيضتين ثم أقرت كانت عدتها ثلاث حيض وإن طلقها واحدة بائنة أو ثنتين فعدتها حيضتان في الحالين؛ لأنه يبطل حق الزوج بالطلاق وعدة الوفاة شهران وخمسة أيام؛ لأنه لا حق للزوج في عدة الوفاة، فإن أعتقت أو دبرت ثم أقرت بالرق لم يصدق على إبطاله؛ لأن التدبير والعتق قد صح فلا يحمل الانتقاض والإقرار، وإن كان إخبارًا باعتبار الصدق لكنه إنشاء باعتبار الكذب فيعتبر إنشاءً مقصورًا على الحال في حق المدبر والمعتق نفيًا للضرر عنه لاحتمال تمكن الكذب فيعتبر إنشاء كان هذا بعضًا للتدبير والعتق وهو لا يحتمل النقص بعد وقوعه، وكذلك لو باع أو كفل ثم أقر.

ولو دبر اللقيط عبدا ثم أقر بالرق لآخر ثم مات عتق المدبر من ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته لمولاه؛ لأنه يقر بذلك لمولاه كمن أقر لرجل بألف فقال المقر له لا بل لفلان صار لفلان فكذا هذا.

ولو أن مولاه أعتقه كان المدبر على حاله غير أن خدمته للمولى وسعايته بعد

موت اللقيط للمولى؛ لأن المدبر يقر بالخدمة والسعاية للقيط وهو يقر بذلك لمولاه فكان كمن يقر المقر له.

وجد العبد المحجور عليه لقيطا ولا يعرف إلا بقوله وقال المولى: كذبت بل هو عبدي فالقول للمولى؛ لأن ما في يد العبد المحجور في يد المولى؛ لأنه ليس له يد على نفسه، ولهذا لو ادعى إنسان ما في يده لم ينتصب خصما له.

ولو أقر بما في يده لم يصح، وإن كان مأذونا فالقول له؛ لأن للمأذون يد، ولهذا ينتصب خصما لو ادعى ما في يده، ولو أقر بما في يده صح فصح إقراره أنه لقيط من حيث إن ما في يده ليس له كما في مال آخر في يده لا من حيث إنه إقرار بالحرية؛ لأنه لا يملك الإقرار بالحرية، وإذا صح إقراره أن ما في يده ليس له تثبت حريته بعد ذلك باعتبار الأصل، فإن الحرية أصل في بني آدم لا بإقراره.

ولو قتل الملتقط اللقيط أو غيره عمدًا، فإن شاء الإمام قتله، وإن شاء صالح على الديّة عندهما.

وقال أبو يوسف: عليه الديّة في ماله ولا يقتل لما يأتي في كتاب القصاص، وليس للقاضي أن يعفو بالإجماع؛ لأن القصاص حق واجب لجماعة المسلمين فلا يملك القاضي إبطاله بغير عوض كالأب إذا عفا عن قصاص وجب لولده الصغير.

وإن قتل خطأ فديته لبيت المال ويحد قاذف اللقيط؛ لأنه قذف محصنًا لم تتمكن فيه شبهة الزنا ولا يحد قاذف أمة؛ لأن تهمة الزنا قائمة في حقها؛ لأن في حجرها ولد لا يعرف له أب فصارت كالملاعنة إذا كانت في يدها ولد وجنايته على بيت المال؛ لأنه مسلم عاقلة له.

كتاب اللقطة

يحتاج إلى معرفة: صفة اللقطة، وحكمها.

أما صفتها: فأخذها مندوب إليه إن كان يأمن على نفسه أن تعرف وترد إلى صاحبها؛ لأنه ربما يأخذها فاسق لو تركها فيكون الأخذ سعيًا لإحياء حق المسلم فيكون مندوبا إليه، وإن كان يخاف الضياع على المالك فعليه أن يأخذها صيانة لحق المسلم؛ لأن لماله حرمة كما لنفسه، وإن كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى؛ لأن صيانة نفسه عن الوقوع في الحرام أولى لاحتمال أن يأخذها مصلح فيتوصل إلى صاحبها وأخذ الضالة أولى من تركها وهو في سعة من تركها.

وعند الشافعي: لا ينبغي أن يأخذها متى وجدها في الصحراء.

والصحيح قولنا؛ لأن الغالب في زماننا هو الضياع على المالك؛ لأن السلامة من جهة الناس نادر فكان في أخذها حفظ المال لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر**"، قلنا: كان في زمن آمن لا يخاف عليها الضياع؛ لأن في زمنه كان الناس لا يرغبون في الحلال من الدنيا فكيف في الحرام فكان الأفضل في ذلك الزمان تركه؛ لأن تركه أبلغ في الوصول إلى المالك من الأخذ؛ لأنه ربما يتذكر الموضع الذي نسيه فيه أو سقط عنه فيجيء فيأخذه ومتى أخذه الملتقط ربما لا يجده وهو لا يجد المالك فيصير الأخذ سببًا لعدم الوصول والترك سببًا للوصول من الأمور سوى الحيوانات والالتقاط هو الرفع لشيء ساقط ضائع يقول العرب: لكل ساقطة لاقطة؛ أي رافعة ومنه التقاط السنبل لكن في عرف الشرع إذا أطلق يراد به رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا على التمليك والضالة هي الدابة التي ندَّت فضلت الطريق إلى مربطها.

وأما شرطها: فأن يكون المرفوع شيئًا ساقطا ضائعا لا حفظ له؛ لأنه متى كان له حافظ يسمى رفعه غصبًا أو سرقة لا التقاطًا.

فأما حكمها شريعة: فكون اللقطة أمانة عنده وأن يكون أحق بحفظها وإمساكها كالمودع ولها حكم آخر سنذكره.

(باب معرفة أحكام اللقطة)

ومتى وجد لقطة يُعرّفها حولًا في ظاهر الرواية لقول النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة في اللقطة: "**يعرفها حولا**" ولم يفصل بين القليل والكثير.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما في المجرد: إن بلغت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولا، وإن كانت أقل من مائتين فوق عشرة يعرفها شهرًا، وإن كانت عشرة يعرفها جمعة، وإن كانت ثلاثة دراهم يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت درهما يعرفها يومًا، وإن كانت تمرة أو نحوها تصدق بها، وإن كان محتاجا أكلها مكانها.

وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة: إن كانت عشرة أو أكثر يعرّفها حولا، وإن كانت أقل فعلى ما يرى، وهو قول محمد. وجه رواية الحسن: ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من التقط لقطة يسيرة درهمًا أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرِّفها ثلاثة أيام**".

وروى الطحاوي في كتابه عن زيد بن طوخان أنه قال: وجدت قلادة في طريق مكة فأتيت بها إلى عمر فذكرت ذلك له، فقال: عرِّفها أربعة أشهر، فإن وجدت صاحبها وإلا فضعها في بيت مال المسلمين؛ فدلت هذه الأخبار أن مدة التعريف مما يختلف باختلاف مقدار المال.

وجه رواية محمد: أن العشرة مال نفيس ويتعلق بها أحكام كثر وهو وجوب القطع بالسرقة ويتعلق بها استحلال الفرج فألحقنا هامًّا فوقها في حق التعريف وأوجبنا التعريف فيها بالحول احتياطا، فأما دون العشرة مال حقير لا يتعلق بها أحكام النفاسة في الشرع ففوضنا مقدار مدة التعريف فيه إلى رأي الملتقط، والتعريف هو المناداة في الأسواق والمساجد والشرائع: من ضاع له شيء فليطلبه عندي؛ لأن المقصود من التعريف وصوله إلى المالك والتعريف في هذه المواضع أبلغ، فإذا

مضت مدة التعريف ولم يجد صاحبها، فإن كان الملتقط عينا لا ينتفع بها بل يتصدق بها، وإن شاء أمسكها ثم إن جاء صاحبها وأقام بينة بعد التصدق، فإن شاء أمضى الصدقة والأجر له، وإن شاء ضمنه والأجر للمتصدق، وإن كان فقيرًا، فإن شاء انتفع بها ثم للمالك خيار التضمين، وعند الشافعي: للملتقط أن ينتفع بها، وإن كان عينا.

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] وأكل الأمانة مما يعجزه عن أداء الأمانة إلى صاحبها فيكون منهيا عن أكلها وقوله عليه السلام: "**من وجد لقطة عرف عفاصها**[١] **ووكائها، فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بها**"[٢].

ورُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية فذهب صاحبها فلم يقدر فتصدق بالثمن، ويقول الآخر لصاحبه: فإن أتى فلنا الأجر وعلينا الثمن، قال: وهكذا يفعل باللقطة.

---

(١) قال أبو عبد الرحمن، عبد الله بن أحمد بن حنبل: قلت لأبي: إن قوما يقولون: «عقاصها»، ويقولون: «عفاصها»؟ قال: «عفاصها» بالفاء.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٤٥٥ (٢٢٠٦٢) قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«أحمد» ٤/١٦١ (١٧٦٢٠) قال: حدثنا هشيم. وفي ٤/٢٦٦ (١٨٥٢٦) قال: حدثنا إسماعيل. وفي (١٨٥٣٣) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٢٥٠٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«أبو داود» (١٧٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد، يعني الطحان (ح) وحدثنا موسى، يعني ابن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب، المعنى. و«النسائي» في «الكبرى» (٥٧٧٦) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا هشيم. وفي (٥٧٧٧) قال: أخبرني محمد بن عبد الله بن عبد الرحيم، قال: حدثنا أسد بن موسى، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي (٥٩٦٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«ابن حبان» (٤٨٩٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سعيد بن عامر، قال: حدثنا شعبة.

ثمانيتهم: (عبد الوهاب الثقفي، وهشيم بن بشير، وإسماعيل بن علية، وشعبة، وخالد الطحان، ووهيب، وحماد بن سلمة، وعبد الأعلى بن عبد الأعلى) عن خالد الحذاء، عن أبي العلاء، يزيد بن عبد الله بن الشخير، عن أخيه مطرف، فذكره.

والانتفاع باللقطة على سبيل القرض يحل للغني بإذن الإمام، فإن للإمام أن يقرض الملتقط من الملتقط، وإنما لا يحل له بغير إذن الإمام، ولأن التصدق بها أنفع للمالك من إقراض الغني؛ لأن بالصدقة يصل إليه ثواب ماله عند الناس من وصول المال إليه وثواب القرض من الغني دون ثواب الصدقة، فإن الإقراض من الغني لا يكون قربة كالهبة له فلا يحصل له ثواب الصدقة ومتى كان التصدق بها أنفع للمالك يكون أقرب إلى رضاء صاحبه فيكون التصدق أولى، ثم إنما كان للمالك خيار التضمين والإجازة؛ لأنه تصدق عنه ماله بغير إذنه فيوقف على إجازته، فإن أجاز جاز وله الثواب، وإن كان المتصدق به هالكا؛ لأن الملك وقع للفقير قبل الإجازة؛ لأن التصدق حصل بإذن الشرع ولكن بغير إذن المالك، ولو حصل بإذنهما ثبت للفقير ملك لازم، فإذا حصل بإذن الشرع ولكن بغير إذن المالك، ولو حصل بإذنهما لا بإذن المالك حصل للفقير ملك غير لازم توقيرًا على الأمر حظهما، وإن لم تجز الصدقة، فإن كانت اللقطة قائمة في يد الفقير فللمالك أن يأخذها منه وإن كانت هالكة فله أن يضمن الفقير أو الملتقط قيمتها؛ لأن الملتقط سلم ماله بغير إذنه والفقير قبضه بغير إذنه فصار الملتقط كالغاصب والفقير كغاصب الغاصب، فإن ضمن الملتقط، فإنه لا يرجع على الفقير؛ لأن الصدقة نفذت على الملتقط؛ لأنه يملكها من وقت الأخذ؛ لأن أخذ اللقطة حتى بإذن المالك والأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان، وإنما جاز التصدق قبل مجيء صاحبها بدون إذنه نظرا له ليصل إليه الثواب، فإذا حضر النظر له أن ينعقد الأخذ بغير إذنه سبب للضمان ليتخير بين الأجر والضمان فيستند الضمان إلى وقت الأخذ فملكها الملتقط من وقت الأخذ.

وإن ضمن الفقير لا يرجع على أحد؛ لأنه أخذه لنفسه كغاصب الغاصب وما يتسارع إليه الفساد يعرفه إلى أن يخاف فساده ثم يتصدق به أو يأكله إن كان فقيرا، وعند الشافعي يبيعها ويتربص بثمنه حولا.

لنا: أن مدة التعريف فيما يتسارع إليه الفساد مقدرة إلى خوف الفساد؛ لأن في إمساكه بعدما خاف الفساد عليه إضاعة المال بلا فائدة تحصل للمالك؛ لأنه يفوت عينه وثوابه فيتصدق به ليصل ثوابه إلى ملكه.

وذكر في النوادر: ولو وجد لقطة فعرفها فلم يجد صاحبها وهو فقير فباعها وأنفق على نفسه ثم أيسر لا يلزمه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق؛ لأنه وضع اللقطة موضعها فلم يضمن.

ومن ادعى اللقطة وذكر وصفها وعلامتها، فإن شاء الملتقط دفع إليه؛ لأن إصابة الوصف والعلامة نوع دليل على صدق دعواه ويأخذ منه كفيلا حتى إن ظهر لها مستحق أمكنه الرجوع، فإن شاء الملتقط امتنع حتى يقيم البينة؛ لأن العالم بالعلامة والصفة لا تدل على أنه ملكه لاحتمال أنه سمع العلامة من مالكها أو رآها في يد المالك، وعند مالك: يجبر الملتقط على الدفع بذكر الصفة والعلامة.

والصحيح قولنا؛ لأنه ادعى مالًا في يد غيره وقد نازعه ذو اليد فيه فلا يستحقه المدعي إلا ببينة كما لو نازعه في الملك؛ لأن اليد حق مقصود كالملك، ولو نازعه في الملك لم يستحق بإصابة الوصف فكذا إذا نازعه في اليد؛ لأن بيان الصفة والعلامة دليل محتمل فلا يصلح حجة للاستحقاق وقوله صلى الله عليه وسلم للسائل عن لقطة: "**اعْرِفْ عِفَاصَهَا**[1] **وَوِكَاءَهَا**[2] **وَعَدَدَهَا ووزنها**"[3]، فإن جاء

(١) الْعِفَاصُ: الْوِعَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ النَّفَقَةُ مِنْ جِلْدٍ أَوْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ. فتح الباري (ج١/ ص١٤٩).

(٢) الوِكاء: مَا يُرْبَط بِهِ. فتح الباري (ج١/ ص١٤٩).

(٣) أخرجه «البخاري» (٩١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا سليمان بن بلال المديني، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٣٧٢) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٢٧) قال: حدثنا عمرو بن عباس، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن ربيعة. وفي (٢٤٢٨) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني سليمان، عن يحيى. وفي (٢٤٢٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٣٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٣٨) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن ربيعة. وفي (٦١١٢) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: أخبرنا ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«مسلم» ٥/١٣٣ (٤٥١٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: قرأت على مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي ٥/١٣٤ (٤٥٢٠) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة، =

=

وابن حجر. قال ابن حجر: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٥٢١) قال: وحدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني سفيان الثوري، ومالك بن أنس، وعمرو بن الحارث، وغيرهم، أن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثهم. وفي (٤٥٢٢) قال: وحدثني أحمد بن عثمان بن حكيم الأودي، قال: حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثني سليمان، وهو ابن بلال، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٥٢٣) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة بن قعنب، قال: حدثنا سليمان، يعني ابن بلال، عن يحيى بن سعيد. وفي ١٣٥/٥ (٤٥٢٤) قال: وحدثني إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا حبان بن هلال، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثني يحيى بن سعيد، وربيعة الرأي، ابن أبي عبد الرحمن. و«أبو داود» (١٧٠٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (١٧٠٥) قال: حدثنا ابن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني مالك، بإسناده ومعناه. وفي (١٧٠٧) قال: حدثنا أحمد بن حفص، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن عباد بن إسحاق، عن عبد الله بن يزيد. وفي (١٧٠٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، وربيعة. و«الترمذي» (١٣٧٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٣٩ و٥٧٧٠ و٥٧٨١) قال: أخبرني محمد بن عبد الله بن عبد الرحيم، قال: حدثنا أسد بن موسى، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، وربيعة. وفي (٥٧٤٠ و٥٧٧٢ و٥٧٨٤) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، عن ربيعة. وفي (٥٧٨٣) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أخبرنا عبد الرحمن بن القاسم، عن مالك، عن ربيعة. وفي (٥٧٨٦) قال: أخبرنا أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن عباد، عن عبد الله بن يزيد. وفي «الكبرى» «تحفة الأشراف» ٣/(٣٧٦٣) عن قتيبة، عن إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة (ح) وعن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن القعنبي، عن سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد. و«ابن حبان» (٤٨٨٩ و٤٨٩٨) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٨٩٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الربيع، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثني عمرو بن الحارث، أن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثهم. وفي (٤٨٩٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: أخبرنا إبراهيم بن الحجاج السامي، قال: أخبرنا حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد.

=

صاحبها أو ربها إنما أمره بإعلام العفاص والوكاء حتى إذا طلب رجل شيئًا بهذه العلامة يُعلم أنه يطلب هذه اللقطة.

وإن كانت اللقطة حيوانا فأنفق عليه بغير إذن القاضي فهو متطوع وللقاضي أن يأمره بأن ينفق عليه يوما أو يومين فيرجع وله أن يمسكه ليعطيه ما أنفق؛ لأنه استحق دينا بسببه فكان له حبسه حتى يستوفي حقه كما في البيع، وهذا إذا شرط له الرجوع على صاحبه، وإن لم يشترط ففيه روايتان ذكرناها في كتاب اللقيط، فإن لم يجئ صاحبها باع القاضي الشاة ونحوها وحفظ ثمنها لصاحبها؛ لأنه لا فائدة في إمساكها؛ لأن النفقة تستغرق قيمتها فلا يصل إلى المالك عينها ولا يد لها، وإن كان غلاما أو دابة أجره بأمر القاضي وينفق عليه؛ لأنه أمكن الإنفاق عليه من غلته فكان ذلك أنفع للمالك بخلاف الآبق لا يؤاجره القاضي؛ لأنه لا يأمن أن يأبق ثانيا كما أبق من المالك، وليس في رد الضالة واللقطة والصبي والحرشي واجب، وإن أعطاه صاحبه شيئًا فهو حسن؛ لأنه متبرع فخيره، ولو تبرع بقضاء دينه لم يجب له شيء فكذا هذا، وجعل الآبق واجب نصًا لا قياسًا فلا يقاس عليه غيره وعن أبي الحسن الكرخي في اللقطة إذا قال: من وجدها فله كذا؛ فجاءها إنسان إليه يستحق أجر مثله؛ لأنه إجارة فاسدة.

(**النوادر**): وذكره ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها في يد رجل فلا خصومة له معه وليس هو في هذا كالمستودع؛ لأن حق أخذ الوديعة للمستودع لا للثاني، وفي اللقطة للثاني ولأنه الآخذ كالأول لأنهما سيان في الالتقاط، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: ولا بأس أن يلتقط الرجل ما لا قيمة له أصلا مثل النوى وعلوف وقشر الرمان إذا نبذه صاحبه والانتفاع؛ لأن العادة قد جرت بين الناس بإلقاء النوى والزجاج المكسور والقشور وحشاوات الخبز ولم يجر الشح والطنه بها في الطريق ولا يعودون إلى أخذه، فكان إباحة للأخذ دلالة ولصاحبه أن يأخذ من الملتقط لأن الإباحة لا توجب سقوط الملك عن الغير، وإن

=

ثلاثتهم: (ربيعة، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وعبد الله بن يزيد، مولى المنبعث) عن يزيد مولى المنبعث، فذكره.

كان ذلك كثيرًا لم يجز للملتقط أن يأخذه؛ لأن المالك إنما جمعه للحاجة إليه، فإذا بلغ ما لم تجرِ العادة في تضييعه لم يجز أخذه، وكذا المزارع إذا التقط السنابل بعدما حصد الزرع وجمعه كان له خاصة؛ لأنه لو لم يلتقط لم يلتقطه رب الأرض فكان مباح التمليك والأخذ فكان كثوب خلق رمى به صاحبه.

وقال أبو يوسف: في شاة ميتة نبذها أهلها فأخذ رجل صوفها وجلدها وديعة فهو له ولصاحبها أن يأخذ الصوف والجلد وردّ ما زاد في الجلد بالدباغة كمن غصب جلد ميتة ودبغها. رجل له دار يؤاجرها فجاء إنسان بإبل وأناخ في داره واجتمع من ذلك بعر كبير، فإن كان من رأي صاحب الدار أن يجمع ذلك فهو له؛ لأنه أعد الدار للأحرار، فإن لم يكن من رأيه أن يجمع بل ترك ذلك على وجه الإباحة وكل من أخذه فهو أولى؛ لأنه مباح.

رجل وجد جوزةً ثم أخرى حتى بلغت عشرا أو صارت لها قيمة، فإن وجدها في موضع واحد فهي كاللقطة بخلاف النواة؛ لأن لها قيمة، فإن وجدها في مواضع كثيرة متفرقة اختلفوا فيه، والأصح أنها كاللقطة بخلاف النواة إذا وجدها إنسان متفرقة بحيث لو جمعها صار لها قيمة فهي له؛ لأن الناس يرمون بالنواة عادة فصارت مباحة بالرمي فأما لا يرمون بالجوز عادة فلا تصير مباحة بل تكون لقطة.

وذكر أبو الليث في **(العيون)**: رجل مسيب دابته فأخذها إنسان فأصلحها ثم جاء صاحبها، فإن قال عند التسييب جعلها لمن أخذها فلا سبيل لصاحبها عليها؛ لأنه أباح الملك، وإن لم يقل ذلك له أن يأخذها، وكذلك فمن أرسل صيدا له هكذا اختاره بعض مشايخنا، فإن اختلفا فالقول قول صاحبها مع يمينه؛ لأنه لم يقل: هي لمن أخذها؛ لأنه منكرا إباحة الملك.

قوم أصابوا بعيرًا مذبوحًا في طريق البادية إن لم يكن قريبا من الماء ووقع في قلبه أن صاحبه فعل ذلك وأباحه للناس فلا بأس بالأخذ والأكل؛ لأن الثابت بالدلالة كالثابت صريحًا.

وذكر الفقيه أبو الليث في **(نوازله)**: إذا اجتمع للدهانين ماء يقطر من الأوعية من الدهن في إنائه، فإن كان يسيل من خارج الأوعية يطيب له؛ لأن ما سال من خارج الأوعية ليس للمشتري؛ لأن ما يفضل عنها لا يدخل في البيع، وإن سال من الداخل أو من الداخل أو الخارج جميعًا أو لا يعلم ينظر إن زاد لكل واحد من المشترين

شيئًا طاب له، وإن لم يزد لا يطيب ويتصدق إلا أن يكون محتاجًا؛ لأن سبيله سبيل اللقطة.

غريب مات في دار رجل وله وارث معروف وخلف مالًا يساوي خمسة دراهم وصاحب الدار فقير فله أن يتصدق بها على نفسه؛ لأنها بمنزلة اللقطة.

(باب ما يضمن به الملتقط وما لا يضمن)

ومن أخذ لقطة ولم يشهد أنه أخذها ليرد ولم يسمع منه التعريف وهلكت في يده وقال صاحبها: أخذتها لنفسك، ضمن عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يضمن إن صدقه صاحبها أنها لقطة عنده، وإن اختلفا في كونها لقطة قال صاحبها: أخذتها غصبًا، وقال الملتقط: لا بل أخذتها لقطة لك، ضمن بالإجماع.

لأبي يوسف: أن الظاهر شاهد للملتقط؛ لأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يشتغل بما يضره من غير فائدة ونية الأخذ لنفسه مما يضره من غير فائدة؛ لأنه يجعل المال مضمونا عليه؛ لأن فائدته إمكان الانتفاع به ويمكنه الانتفاع به، فإن نواه للمالك متى أراد فيصير الأخذ لنفسه ضررا محضا فالظاهر أنه لا يشتغل به.

لهما: أن سبب الضمان قد تحقق وهو أخذ مال الغير بغير إذنه إلا أنه ادعى ما يبرئه عن الضمان وهو أخذها للمالك فلا يصدق إلا ببينة، كما لو قال: أخذت مالك بإذنك والظاهر، وإن كان يشهد للملتقط لكن الظاهر يصلح حجة للدفع لا لإبطال حق استحقه المالك وهو الضمان، فإن سبب الضمان قد تحقق حاجته إلى إثبات البراءة فلا تثبت البراءة بشهادة الظاهر، ولأن الشرع أباح له الأخذ نظرا لصاحبه والنظر في الإشهاد متى قدر عليه ليرجع الإشهاد عن الإمكان وإليه أشار وقوله عليه السلام: "مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً، فَلْيُشْهِدْ، ولا يَكْتُمْ، ولا يُغَيِّبْ" فقد أباح الأخذ بشرط الإشهاد فيقيد الأمر بالأخذ بالإشهاد، فإذا لم يشهد مع القدرة عليه فلا تثبت إباحة الأخذ لا من المالك ولا من الشرع فصار متعديا فصار ترك الإشهاد علامة الغصب، ولو أخذها وأشهرها وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن ولم يفصل بينهما إذا تحول عن مكانها أو لم تتحول.

وذكر الحاكم أبو الفضل في (**المختصر الكافي**): أنه إذا ردها بعدما تحول مكانها ضمن؛ لأن بالتحول صار قابضا وحافظا للمالك، وإذا ردها إلى موضعها فقد صار تاركا للحفظ مضيعًا لها، فأما قبل التحول لم يصر ملتزما للحفظ للمالك؛ لأنه ربما أخذها لينظر إليها لا ليكون حافظا للمالك ملتزما للحفظ له، وإن أقر الملتقط بها لرجل ودفعها إليه بغير قضاء ثم أقام آخر بينة أنها له ضمن أيهما شاء؛ لأن كل واحد غاصب في حقه الملتقط بالدفع باختياره إلى غيرها والقابض يقبض مال غيره بغير إذنه فلا يرجع الدافع على القابض؛ لأن القابض قبضه بإذنه ولم يلحقه ضمان من جهته، وإن كان الدفع نقضا ضمن القابض لا غير؛ لأن الملتقط مخير على الدفع ملحقا فيه من جهة القاضي.

ولو التقطها كافر فأقام كافر بينة من أهل الكفر قضى له استحسانًا وإن كان الملتقط مسلما والمسألة بحالها لم تقض؛ لأن البينة للكافر قامت على المسلم فلا تقبل.

(المنتقى): رجل وجد ثوبًا فأخذه وهو لا يريد أن يرده ثم بدا له فردَّه إلى موضعه ثم سرق من ذلك الموضع، قال أبو يوسف: هو ضامن حين أخذه ولا يبرأ أبدًا وإن رده حتى يدفعه إلى صاحبه، وقال زفر: لا ضمان عليه.

وكذلك لو وجد دابة ضالة فركبها ثم ردها إلى الموضع الذي وجدها فيه، وكذلك لو أخذ من دار رجل وهو لا يعلم ثم رده إلى الموضع الذي أخذه منه فسرق من ذلك الموضع قبل أن يصل إلى صاحبه؛ لأنه أخذه لنفسه فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على صاحبه ولم يوجد.

ولو أخذ خاتمًا من يد نائم أو دراهمه من كمه أو نزع خفيه من رجليه ثم ردَّه إلى موضعه قال أبو يوسف رحمه الله: إن ردَّه إلى موضعه قبل أن يستيقظ من ذلك النوم الذي أخذ منه فقد برئ من الضمان؛ لأنه صح رده؛ لأن النائم حافظ؛ لأنه يخاف هجومه وانتباهه فيخاف منه في أخذ مال.

وإن استيقظ ثم نام ثم رده إلى موضعه ثم سرق قبل أن ينتبه فهو ضامن؛ لأن الرد لم يصح؛ لأنه متى استيقظ فقد وجب الرد على المنتبه دون النائم؛ لأن

المستيقظ حافظ من كل وجه والنائم حافظ من وجه دون وجه.

(الفتاوى): أخذ الثوب من السكران الواقع النائم على الطريق ليحفظه فهلك في يده لا ضمان عليه؛ لأنه متاع ضائع كاللقطة، فإن كان الثوب تحت رأسه فأخذه أو كانت دراهمه في كمه فأخذها ليحفظها فهو ضامن؛ لأنه ليس بضائع؛ لأنه محفوظ بمالكه؛ لأنه يخاف هجومه وانتباهه.

ولو طرح النواة فالتقطه رجل أو ترك الشاة الميتة صاحبها فسلخ آخر ودبغها لا بأس بذلك.

وفي رواية هشام في سرقين الدابة في الخان إذا ذهب صاحبها فهو لمن أخذها للصاحب الخان وما يجتمع للدهانين مما يقطر الأوعية ينظر إن سال من خارج الأوعية فزاد طيب وإن سال من داخل الأوعية فيحتاج إلى مقابلته إلى زيادة دهن حتى يطيب له، وإن لم يزد شيئًا يتصدق كما في اللقطة وينتفع إذا كان محتاجا، وإن لم يعلم أنه سال من داخله أو من خارجه أو منهما إن زاد للمشتري شيئًا من الدهن في تلك الحالة يطيب له ذلك وإلا فلا.

كتاب الآبق

مسائله مشتملة على فصول:

فصل فيمن يستحق الجعل برده ومن لا يستحق.

وفصل فيمن يستحق عليه الجعل.

وفصل في التصرف في الآبق.

وفصل في جنايته.

(فصل)

ولو أخذ آبقًا فرده إلى المالك إن كان من مسيرة سفر ثلاثة أيام فصاعدًا استحق الجعل على مالكه أربعين درهما، وإن كان أقل من ذلك رضخ له.

وعن الشافعي: لا شيء له وهو القياس؛ لأنه متبرع كما لو رد دابة.

والصحيح قولنا؛ لما روى عمرو بن دينار لم يزل يسمع النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**جعل الآبق أربعين درهما**". وعن ابن مسعود أنه أوجب الجعل أربعين درهما، وقال عمر وعلي رضي الله عنهما في جعل الآبق دينار لم يزل يسمع النبي صلى الله عليه وسلم أو عشرة دراهم، وعن عمار بن ياسر أنه قال: إن رده في المصر فله عشرة، وإن رده من خارج المصر استحق أربعين درهما.

فالصحابة مع اختلافهم في مقدار الجعل أجمعت على أصل الوجوب، فمن قال لا يجب أصلاً؛ فقد خالف الإجماع فلا يجوز؛ لأن الحق لا يعدو إجماع الصحابة؛ لأنه لا خلاف بين الصحابة في المقدار فمن أوجب أربعين إنما أوجبه إذا رده من مسيرة سفر، ومن أوجب أقل من أربعين إنما أوجبه إذا رده من أقل من مسيرة سفره، ثم اختلفوا في مقدار الرضخ قيل يستحق الرضخ بحساب ذلك، فإنه أوجب برد مسيرة سفره أربعين درهما فيكون بإزاء يوم ثلاثة عشر درهما وثلث فيقدر الرضخ بقدره، وقيل: التقدير مفوض إلى رأي المولى فيعطيه على قدر ما يعين صلة له؛ لأن

المقادير فيما دون السفر من الصحابة مختلفة فلا يمكن تقدير الرضخ بمقدار بل هو تفويض إلى رأي المولى.

ولو كان العبد يساوي أربعين درهما، فإنه ينقص من الجعل درهم عندهما.

وقال أبو يوسف: له الجعل تامًا؛ لأن الآثار وردت مقدرة مطلقة غير مفصلة بين قليل القيمة وكبيرها.

لهما: أن الجعل إنما شرع حثًا وترغيبًا للناس في الرد نظرًا للمولى إحياء لماله، وإنما يحصل له النظر إذا سلم له شيء من مالية العبد بغير جعل رد الآبق عند أبيه وهو في عياله أو لم يكن، وكذلك أحد الزوجين فلا جعل له استحسانًا؛ لأن العرف والعادة جرت من أن من أبق عبده فإنما يرده من كان في عياله متبرعا مستطيعًا لا متجعلًا متطمعًا وبعد ذلك ضرب خدمة وإعانة.

ولو رد عند ابنه أو أخيه وسائر قرابته لا جعل إن كان في عياله كما بينا، وإن لم يكن فله الجعل؛ لأن الجعل بدل الخدمة؛ لأنه يجب بدلا عن رد الآبق ورد الآبق من الخدمة عرفا وعادة، فإن الناس يعدون هذا من جملة الخدمة والأب والقريب يستحق بدل الخدمة على ولده وقريبه إذا لم يكن في عياله بخلاف الابن والزوج لا يستحق بدل الخدمة على أبيه وزوجته بالشرط فكذلك بالشرع رد أمه معها صبي رضيع يجب جعل واحد إلا إذا راهق يجب ثمانون؛ لأن من لم يراهق لا يتحقق منه الإباق فلا يعتبر إيفاء.

ولو صالحه عن الجعل على عشر جاز كما لو حط الكل، ولو صالح على أكثر من أربعين يطرح الفاضل على الأربعين؛ لأن المستحق أربعون فلا يجوز الصلح على خمسين فيطرح الزيادة لئلا يصير ربا كما لو صالح من أربعين دين على خمسين يجوز بقدر الأربعين ويطلب الزيادة فكذا هذا، فإن جاء بالآبق له أن يمسكه ليأخذ الجعل؛ لأنه مستحق شرعا كالثمن؛ لأن الراد بمعنى البائع؛ لأن العبد بالإباق صار كالزائل عن ملك المولى؛ لأن عامة منافع الملك زالت بالإباق وصار كالهالك معنى والراد بالرد صار مجيبا ملكه فقد استفاد ما زال بالرد بمال يجب عليه فكان بمنزلة ما لو زال عنه حقيقة بالبيع أو بالهبة. ثم اشتراه ثانيا وصار كالملتقط إذا أنفق على

اللقطة بإذن القاضي فله أن يحسبها حتى يستوفي النفقة؛ لأنه صار بمعنى البائع من حيث إنه أحيا ملكه بالإنفاق فكذا هذا، ولو مات في يده وأمسكه بأمر القاضي لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون في حبسه ولا جعل له؛ لأنه معلق بالتسليم والرد ولم يوجد ولأنه بمعنى البائع والمبيع متى هلك في يد البائع، فإنه يهلك مضمونا بالثمن لا بالقيمة فكذا العبد إذا هلك في يد الراد يهلك مضمونًا بالجعل لا بالقيمة، وكذلك لو مات قبل أن يرده إلى الحاكم؛ لأن العبد أمانة في يده.

أمة أبقت إلى دار الحرب فاشتراها منهم رجل فوطئها وولدت أخذها بغير شيء وقيمة ولدها وعقرها عند أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للمشتري لا سبيل لمولاها عليها وهي كالدابة ندَّت إليهم، وهذا بناءً على أن الآبقة إلى دار الحرب عند أبي حنيفة لا يملكوها فكان المشتري مغرورًا وعندهما يملكونها، وإذا لم يملكها عند أبي حنيفة هل يستحق المشتري الجعل إن أشهد عند الشراء أنه أخذها للمالك يستحق الجعل وإلا فلا والجعل واجب في حق المدبر وأم الولد لأنهما مملوكان للمولى، ولو مات المولى قبل أن يصل بهما إليه فلا جعل لأنهما عتقا بموته قبل رده فقد رد حرا والإباق لا يتحقق من الحر، ولأن الراد بمعنى البائع وقد هلك المعقود عليه في يده بلا صنع من المشتري بعد الرد فسقط الجعل كما لو مات في يده، وإن كان على المدبر سعاية ورده على الورثة فلا جعل؛ لأنه رد حرا عندهما، وعند أبي حنيفة رد مكاتبا وراد المكاتب لا يستحق الجعل ولا جعل برد المكاتب؛ لأن المولى بهذا الرد لم يستفد ملكا في المكاتب؛ لأن ملك المنفعة والتصرف عنه زالت بالكتابة، وإنما استفاد به بدل الكتابة فكان بمنزلة ما لو رد غريما له عليه دين اشترى الآبق ورده لا جعل له إلا أن يقول: لا أقدر على رده إلا بأن أشتري فله ذلك إن أشهد عليه؛ لأنه صار عاملا له في الرد؛ لأنه أخذه لرده وفي الصورة الأولى ما أخذه لرده.

رد الآبق وقد مات مولاه أخذ الجعل من ورثته من جميع المال؛ لأن الرد حصل للميت؛ لأن التركة مبقاةٌ على حكم ملك الميت قبل القسمة فيكون الجعل في ماله، ولو كان على الميت دين محيط كان أحق بالعبد حتى يعطي الجعل أو بيع العبد وبدأ بالجعل؛ لأنه كالمرهون من حيث تعلق حقه به كما بينا رده وإرث المولى في حياته

من مسيرة ثلاثة أيام ثم مات ومعه وارث آخر كان له الجعل، وقال أبو يوسف: ليس له ذلك، وإن كان الوارث هو وحده فلا جعل له، لأبي يوسف: أن وجوب الجعل مضاف إلى التسليم لا إلى الأخذ، ولهذا لو هلك قبل التسليم سقط الجعل ووقت التسليم صار العبد مشتركا بينه وبين سائر الورثة فكان بالتسليم عاملا فما هو شريك فيه فلا يستحق الآخر كما لو أخذ المورث ميت لهما إن الوجوب مضاف إلى العمل؛ لأن الأجرة مستحقة بالعمل وأثر التسليم في باب العقود في تأكيد البدل لا في الخامسة إلا أن سبب التأكيد متى فات سقط البدل بعد الوجوب لا أن الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات في حصته؛ لأنه لا يكون مسلمًا ومستلمًا، فأما في حصة شركائه وجد التسليم فيتأكد عليهم حصتهم كما لو خاط ثوبا أو صبغ ثوبا للمورث ثم مات قبل التسليم لا يسقط الأجر؛ لأن الشركة لم تُمكِّن من العمل، وإنما تمكن من التسليم وذلك لا يسقط الآخر فكذا هذا بخلاف ما لو أخذ والمورث ميت؛ لأن العمل وقع في محل مشترك.

ولو قال المولى: إني أرسلته في حاجة ولم يأبق لم يكن له جعل إلا أن يقوم بينة أن مولاه أقر به؛ لأن كونه آبقا يعرف من جهته، ولو أبق من الأخذ ثم جاء به آخر فالواجب للثاني؛ لأن الرد والتسليم وجد من الثاني دون الأول، ولو رده اثنان فالجعل بينهما نصفان، وإن كان عبدا محجورًا عليه لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الرد والتسليم فيستويان في الاستحقاق كما لو باعا عبدا بينهما والعبد محجور عما يضره المولى لا عما ينفعه والرد من المحجور تصرف ينفع المولى وهو وجوب الجعل؛ لأنه متى لم يجب الجعل تفوت منافع العبد في مدة الرد فيتضرر به المولى، وإذا أوجب انتفع به المولى فصار كما لو أجر نفسه وعمل وسلم من العمل يجب الأجر فكذا هذا.

ولو جاءه من مسيرة سفر فأبق منه ثم جاءه ورجل آخر من مسيرة يوم ودفعه إلى المولى فللأول نصف الجعل وللثاني نصف ما يرضخ له لأنهما في الرد والتسليم اشتركا.

(فصل)

والجعل واجب على الملاك بعدد الأنصباء؛ لأنه مؤونة الملك فيتقد بقدر الملك؛ لأن بالرد حصلت المنفعة لهم بقدر الملك.

أبق عبد الرهن ثم رده رجل كان جعله على المرتهن إلا أن يكون بعضه فارغا فحصته على الراهن؛ لأن بالإباق لا يبطل الرهن؛ لأن قيام اليد ليس بشرط لبقاء الرهن كالمتبع إذا أبق قبل التسليم لا ينتقض البيع؛ لأن احتمال عود اليد قائم فوقع الشك في انتقاضه فلا ينتقض بالشك فصار المرهون بمنزلة المملوك؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء وأنها يد ملك كأنه اشتراه بالدين من الراهن، ولأن الجعل ضمان يجب كجناية العبد والعبد في ضمان المرتهن فيكون قراره على المرتهن كما لو جنى فعلى هذا جعل العبد المغصوب إذا أبق على الغاصب مولى الآبق.

مكاتب أو مأذون أو صبي عليهم الجعل؛ لأنه أعاد إلى ملكه ما زال بالإباق فصار بمعنى البائع منه فاستحق عليه عوضا وهذا المعنى يشمل الكل ويؤديه الوصي من مال اليتيم.

(فصل)

ولا يجوز بيع الآبق ولا هبته إلا ممن هو في يده ويجوز عتقه؛ لأنه عاجز عن التسليم، فإنه معتبر في البيع والهبة دون الإعتاق، فإن وهبه لابن صغير له في عياله جاز.

ولو باعه من ابنه الصغير لا يجوز والفرق أن العبد في يد مولاه وقبضه حكما بحكم دار الإسلام.

ولو كان في قبضته حقيقة لا ينوب قبضه الحقيقي عن قبض البيع؛ لأنه قبض ملك وقبض الملك قبض أمانة وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع وينوب عن قبض الهبة فيصير قابضا لابنه فكذلك إذا كان في يده وقبضه حكما.

ولو أعتقه مولاه حين جاء به أو باعه منه لزمه الجعل؛ لأن الراد بمنزلة البائع من المالك ومن اشترى عبدا فأعتقه قبل القبض بعد عتقه وصار قابضا بالإعتاق وتأكد عليه الثمن فكذا هذا بالإعتاق يصير قابضا ويتأكد عليه الجعل وكسب الآبق بإجارته

نفسه أو بيعه وشراه لمولاه لما عرف، وإن أخذه السلطان وحبسه ثم جاء رجل فأقام البينة أنه عبده حلفه ما باعه ولا وهبه؛ لأن القاضي أمين والأمين ينتصب خصما للمالك كالملتقط وكالراد فكان أخذ الكفيل احتياطا نظرا للغائب لجواز أن المدعي باع الآبق من غيره وشهوده لم يعلموا بذلك فشهدوا بما علموا وهو مبطل في دعواه بخلاف سائر الدعاوى؛ لأن الخصم وهو المدعى عليه حاضر فيمكنه أن ينظر لنفسه بدعوى البيع والهبة، فإذا ترك ذلك فلا يكون للقاضي أن يدعي؛ لأنه يكون إنشاء خصومة منه، والقاضي ينصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ويأخذ كفيلاً منه وإن لم يأخذ جاز؛ لأن في أخذ الكفيل نظر للغائب بالاحتياط في أمره وفي تركه تعجيل إعطاء الحق إلى صاحبه؛ لأنه عسى لا يجد كفيلا أو لا يجد إلا بعد زمان فيؤدي ذلك إلى فوات حقه أو تأخيره وهذا لا يجوز، وفي رواية أبي سليمان: أحب إلي أخذ الكفيل.

وإن لم يقم بينة وأقر العبد أنه عبده دفعه إليه ويأخذ كفيلا؛ لأن العبد في يد نفسه، ولهذا لو ادعى الحرية يقبل قوله، وإذا اعترف بالرق له يقبل ويأخذ كفيلا احتياطا لجواز أنه أقر كاذبا، فإن لم يجئ للآبق طالب إن شاء باعه الإمام ويمسك ثمنه لئلا يحتاج إلى الإنفاق عليه، وإن شاء أنفق عليه من بيت المال ويكون دينا على مولاه أو في ثمنه إن باعه؛ لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين وتمام النظر للغائب في صيانة العبد وحفظه على المالك رجاء أن يجيئ المالك فيصل إلى عين ماله فلا يتعجل إلى بيعه بل يحبسه مدة لئلا يأبق ثانيا وينفق عليه من بيت المال ويرجع؛ لأن للقاضي ولاية الاستدانة على الغائب بحفظ ماله وله أن يبيعه ولا يؤاجره؛ لأن في الإجارة واستغلاله تعريضٌ له في الإباق؛ لأنه أبق وللقاضي ولاية الحفظ دون التعرض للإباق والإتلاف بخلاف العبد الضال، فإنه يؤاجره ولا يبيعه؛ لأن في الإجارة الضال لا يكون تعريضا له على الإباق إذا لم يظهر منه الإباق فكان النظر للغائب في الإجارة حتى لا يستغرق العبد بالنفقة ويصل المالك إلى عين ماله.

ولو أقام البينة وقد باعه الإمام فقال: كنت دبرته أو كانت أمة، فقال ولدت متى لا يصدق إلا ببينة على ما يقول أو يكون ولدها في يديه؛ لأن التبع قد يعد ظاهرا؛ لأن القاضي صار نائبًا عنه في البيع شرعا وهو يريد إبطاله فلا يصدق، فإذا كان في يده

ولد يثبت النسب بدعواه الولد وكانت دعوة استيلاد ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق فتثبت النسب وأمومية الولد مستندا إلى وقت العلوق فيظهر أن البيع صادف أم الولد فبطل فأما إذا لم يكن في يده ولد فدعوته دعوة ملك فيقتصر على الحال فهو يريد إبطال البيع بعد الصحة والنفاذ فلا يصدق. مات الابن في يد من أخذه ولم يشهد ضمن عندهما خلافًا لأبي يوسف كما في اللقطة.

(فصل)

العبد الآبق إذا جنى فلا يخلو إما أن جنى في يد المولى ثم أبق أو جنى في حال إباقة قبل أخذ الآخذ أو جنى في يد الآخذ، فإن كان جنى في يد المولى بأن قتل رجلا عمدا أو خطأ أو استهلك مالا لرجل فأخذه رجل على مسيرة ثلاثة أيام ودفعه إلى مولاه فلا جعل للراد؛ لأنه لم يحصل منفعة بالرد لأحد متى قتل قصاصًا، وكذلك إن عفا ولي القصاص؛ لأن المنفعة مضافة إلى عفوه لا إلى الرد.

وذكر في (**المنتقى**): له الجعل؛ لأن ذلك بمنزلة موته في يد المولى وإن جنى خطأ فدفعه مولاه بالجناية فالجعل على المدفوع إليه، ولو فداه كان على المالك؛ لأن الجعل إنما يجب على من حصل له منفعة الرد وبعد الدفع منفعة الرد حصلت لأولياء الجناية؛ لأن حقهم كان ساقطا بالإباق فإنهم بعد الإباق لا يستحقون على المولى شيئًا وعاد حقهم بالرد وبعد الفداء منفعة الرد حصلت للمولى فرق بين هذا وبينما إذا أبق الموهوب فرده الآخذ ثم رجع الواهب بعده فالجعل على الموهوب له وإن صار الملك للواهب بالرجوع والفرق أن منفعة الرد في الهبة غير مضافة إلى الرد، وإنما تكون مضافة إلى ترك الموهوب له تصرفا يزيله عن ملكه؛ لأن ترك التصرف آخر الأمرين وجودا، فإنه لو باعه أو وهبه لا يمكن للواهب الرجوع ولا يمكن للآخذ الرد عليه فصار منفعة الرد مضافة إلى ترك التصرف من الموهوب له لا إلى الرد فلم تحصل المنفعة للواهب بالرد فلم يجب عليه الجعل ووجب على الموهوب له؛ لأنه ملكه والمنفعة للحال حصلت له وفي مسألة الجناية المنفعة حصلت لأولياء الجناية بالرد بعد الدفع أو للمولى بعد الفداء.

وإن كان المولى دفع الجعل وأخذ عبده ثم قضى عليه بالدفع فدفعه بالجناية فله أن يرجع على المدفوع إليه بالجعل؛ لأن المدفوع إليه استحق الدفع بالجناية السابقة فصار العبد مستحقا وملكا له فالمولى في دفع الجعل مضطر؛ لأنه مخاطب بالدفع أو الفداء ولا يتمكن من الدفع إلا بالجعل فلا يكون متبرعا في دفعه، وكذلك لو باعه القاضي في الدين أخذ مولاه الجعل الذي أداه من ثمن العبد وأما إذا كانت الجناية أو الدين في حال إباقة قبل أخذ الآخذ فقتل في يد الآخذ فلا جعل له لأنه لم يوجد الرد إلى المولى فكان بمنزلة موته في يده، ولو دفع بالقتل الخطأ في يده أخذ الجعل من ولي الجناية، ولو بيع في الدين أخذ الجعل من ثمنه لما عرف.

وإن كانت الجناية في يد الآخذ فلا جعل له قبل أو دفع أو بيع وهو بمنزلة العبد الرهن في ذلك، ولو كان المولى دفع الجعل إلى الأخذ ولم يعلم بالجناية وقبض العبد ثم خاصمه ولي الجناية فيه فدفعه بالجناية، فإنه يرجع بالجعل على الآخذ إذا كان قيمة العبد مثل أرش جنايته وكذلك في الدين، فإن كان في قيمة العبد فصل على الأرش والدين فالمولى يرجع من الجعل بحصة ما أدى من ثمنه في دينه وأرش جنايته هذا كله رواه ابن سماعة عن محمد.

وذكر ابن رستم عن محمد: لو بيع بالدين بدأ بالجعل من ثمنه، وإن شق ثوبا في يد الآخذ وقيمته ثلاثمائة وقيمة الثوب مائة وخمسون قال يبطل نصف الجعل في القياس؛ لأن نصفه صار مستحقا بدين الاستهلاك.

(فصل)

مسائله على فصول:

فصل فيمن يستحق الجعل ومن لا يستحقه.

وفصل في تصرف المولى في الآبق.

وفصل في إقامة البينة على أخذه ورده.

(فصل)

روى الحسن عن أبي حنيفة قال: رجل أخذ آبقًا فجاءه من مسيرة الشهر حتى إذا

دخل المصر فهرب من الآخذ فأخذه آخر وجاء به إلى مولاه فلا جعل لواحد منهما؛ لأن استحقاق الجعل بالرد من مسيرة سفر وقد عدم الرد المقدر منهما فلم يكمل عليه الاستحقاق من واحد، وإن هرب وخرج من المصر وجاء به الثاني من مسيرة ثلاثة أيام وجب للثاني الجعل؛ لأن علة الاستحقاق كملت في حق الثاني وقصرت في حق الأول.

ولو أخذ الآبق رجلًا على مسيرة ثلاثة أيام فسار به يوما ثم أبق العبد منه متوجها إلى بلد مولاه ولا يريد أن يرجع إلى مولاه فأخذه الذي كان أخذه ثانيا فسار به اليوم الثاني فدفعه إلى مولاه فله ثلثا الجعل جعل اليوم الأول والثالث دون الثاني.

ولو كان العبد لم يأبق من الآخذ ولكن فارقه وجاء إلى مولاه متوجها لا يريد الإباق فللآخذ جعل يومٍ؛ لأنه لم يتمرد من الآخذ بل منقاد له فلم تنقطع يده عنه فصار كأنه رده إلى مولاه.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: في رجل وجد عبدًا آبقا على مسيرة ثلاثة أيام فسار به يوما ثم دفعه إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو باعه من رجل أو وهبه من رجل وقبضه الموهوب له وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو باعه من رجل أو وهبه من رجل وقبضه الموهوب له وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو سار العبد بنفسه إلى مولاه فللآخذ جعل اليوم الأول ولا شيء للمدفوع إليه؛ لأن المدفوع إليه حين أخذه صار ضامنا له، وإنما حفظه على نفسه لا على مالكه.

ولو أخذ عبدًا آبقًا على مسيرة ثلاثة أيام فدفعه إلى رجل وأمره أن يأتي به إلى مولاه ويأخذ منه الجعل فيكون له فدفعه إلى مولاه وأخذ الجعل منه جاز وهذا بمنزلة رجل له دين على رجل فوهبه صاحبه لرجل وأمره بقبضه ففعل فهو جائز.

رجل قال لرجل: إن عبدي قد أبق، فإن وجدته فخذه، فقال: نعم فأصابه المأمور على مسيرة ثلاثة أيام وجاء به إلى مولاه فلا جعل له؛ لأنه استعان به وقد وجد الإعانة فصار متبرعا عليه بذلك العمل فلا يستحق الأجرة. عبد رقبَتُه لرجل وجد منه لآخر أبق فأخذه رجل فالجعل على صاحب الخدمة؛ لأن المنفعة للحال له، فإذا انقضت

الخدمة رجع به على صاحب الرقبة أو يباع العبد في ذلك؛ لأنه بمنزلة العبد المشترك.

عبد بين رجلين فأخذه رجل من مسيرة ثلاثة أيام وجاء به وأخذ المولیین غائب فليس للحاضر أن يأخذ مولاه حتى يعطيه جعله كله، فإن أعطاه وقبضه لم يكن متطوعا فيه.

(فصل)

ولو أخذ آبقا فجاء به من مسيرة ثلاثة أيام فقبضه من مولاه ثم وهبه فالجعل لازم على المولى؛ لأنه تم الرد على المولى قبل الهبة فاستحق الجعل، ولو وهبه قبل أن يقبضه منه فلا جعل عليه؛ لأنه لم يتم الرد إلى المولى قبل الهبة؛ لأن الموهوب له إنما يملك العبد بالهبة وبالقبض، وإنما صار قابضا للعبد بالأخذ السابق فما تم به سبب الملك لا يستحق له الجعل.

ولو كان مكان الهبة بيعا منه فله الجعل في ثمنه؛ لأن البيع يتم بنفس الشراء فقد ملك العبد ملكا تامًا بعد استحقاق الجعل فيوصل إلى المولى عوضه فصار وصول بدله كوصول نفسه.

ولو أخذ آبقًا فسار به ثلاثة أيام أو أكثر ليرده على صاحبه فأعتقه مولاه قبل أن ينتهي به إليه ثم هرب منه بعدما أعتقه فله الجعل؛ لأن لما سار ثلاثة أيام فقد استوجب الجعل بشرط الوصول إلى المالك وقد وصل بالإعتاق؛ لأنه قبض حكما وبالإعتاق ارتفع سبب الاستحقاق بعد انعقاده وتقرر الوجوب عليه فلا يسقط بخلاف ما إذا سار به أقل من ثلاثة أيام؛ لأنه لم ينعقد سبب الاستحقاق بل انقطع بالإعتاق وصار كأن لم يكن وقد وجد الإعتاق في حالة الإباق فلا يستحق عليه شيء.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان المولى دبره ثم هرب فلا جعل له؛ لأن بالتدبير لم يزل الرق وسبب الاستحقاق هو الرد على المولى في حالة الرق وقد وجد عبد آبق فوكل مولاه إنسانا يطلبه فأصابه الوكيل ومولاه لا يعلم به ثم باعه المولى من إنسان ولا يعلم البائع ولا المشتري أن الغلام أخذه الوكيل.

قال محمد: البيع باطل حتى يعلم أنه أخذه؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه إذ القدرة على التسليم بعد ثبوت يده عليه أو علمه بثبوت يد نائبه، ولو كان القاضي قد أخذه فحبسه في سجنه ثم باعه المولى ولا يعلم به جاز بيعه؛ لأن للقاضي ولاية بيعه على الغائب فيكون أخذ القاضي كالوكيل إذا علم وليس للوكيل بيعه على الغائب.

(فصل)

ولو جاء رجل بالآبق فأقام أحدهما البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام وأقام الآخر البينة أنه أخذه من مسيرة يومين فعلى المولى جعل تام ويكون للأول منه جعل يوم خاصة ويكون جعل يومين بينهما نصفين، ولو أقام أحدهما البينة أنه أخذه بالكوفة وأقام الآخر البينة أنه أخذه في طريق البصرة على مسيرة يومين فقد علمت أن إحدى البينتين كاذبة فعلى المولى جعل تام ويكون للذي أقام البينة أنه أخذه بالكوفة ثلث الجعل ويكون الباقي بينهما نصفين، ولو أخذ عبدًا آبقا فاغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه فدفعه إليه وأخذ جعله ثم جاء الذي أخذه وأقام البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام، فإنه يأخذ من مولاه الجعل ثانيا ويرجع المولى على الغاصب بما دفع إليه؛ لأنه أخذه بغير حق. [والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب][١].

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كتاب المفقود

مسائله مشتملة على فصول:

أحدها: في معرفة تفسير المفقود وإلى بيان أحكامه على الخصوص.

والثاني: في افتقاد أحد الورثة.

والثالث: فقد المكاتب.

(فصل)

المفقود هو الذي غاب عن بلده أو أسره العدو ولا يدرى أحيٌّ أم ميت ويمضي ذلك زمان لم يظهر أمره ولا يعرف أثره.

وأما أحكامه فنوعان:

أحدهما: في الحال.

والثاني: في المآل.

أما حكمه في الحال: وهو أن المفقود حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ولا تتزوج نساؤه وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو بلغ سنه مبلغا لا يعيش أقرانه إليها عادة؛ لأن عيش الإنسان بعد موت جميع أقرانه نادر والنادر لا عبرة به ولم يقدِّر محمد مدة حياته بالسنين.

وذكر الحسن أنها مدة مقدرة بمائة وعشرين سنة والحياة بعد ذلك نادر.

وعن أبي يوسف: مائة سنة وهو قول نصير بن يحيى. ورُوي أنه عاش مائة وخمسين سنة وقال: الزيادة على هذا المقدار نادر والنادر لا عبرة به، وقيل: تسعون سنة، وقيل: هو غاية ما ينتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم والأغلب، فما قاله محمد أقيس وأحوط، وما قاله المشايخ المتأخرون أرفق بالناس؛ لأن مضي هذه المدة إن دل على موته فبقا من بقي من أقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته فيقع التعارض بين دليل الحياة ودليل الموت فلا يثبت الموت، فأما

موته بموت أقرانه يثبت بدليل لا تعارض فيه فكان هذا أحوط إلا أن في التفحص عن حال الأقران ضرب حرج فقدرنا بالسنين نفيا للحرج، وهذا كما اعتبر محمد في تقدير مدة يأس المرأة عن الحيض بأقرانها والمشايخ المتأخرون اعتبروا رفقا بالناس وتبقى أموره كما كانت ولا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى تقوم البينة أنه مات أو تمضي مدة لا يعيش في أكثر منها وهذا كله مذهبنا وهو مذهب علي رضي الله عنه، ولأن الحياة كانت ثابتة وقع الشك في موته فيقع الشك في إزالة أملاكه وإبطال حقوقه فلا يجوز إزالته بالشك ما لم يثبت موته بدليل ويقرض في ماله نفقة امرأته وأولاده الصغار وبناته الكبار ويليه الكبار الزمنى ولا يقرض لذي الرحم المحرم منه ولا يباع عقاره وعروضه وحيوانه إلا أن يخاف هلاكه وفساده فيبيعه وقد مرت هذه المسائل وأحوالها في كتاب النفقات وللقاضي أن ينصب وكيلًا عنه في خصومته وقبض ديونه وجمع غلاته؛ لأنه يجب عليه إحياء ماله واستحفاظه واستجماعه.

وإن مات غريمه وقد أقر له بدينه في مرضه كان لوكيله أن يأخذه لا لورثيه؛ لأنه بمنزلة المالك فكان حق القبض والاستيفاء له لورثته ولا يكون هذا الوكيل خصما له حتى لا يقبل البينة عليه؛ لأنه وكيل بالقبض والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يكون وكيلًا بالخصومة بالإجماع؛ لأنه ليس من النظر؛ لأن القاضي انتصب نائبا عن الغائب في الحفظ والصيانة عليه لا في الخصومة والمتاجرة عليه كالمودع لا ينصب خصما لمن يدعي حقا في الوديعة.

ولو مات مورثه قبل مضي هذه المدة ردما وقف على ورثة الموروث لا على ورثة المفقود وجعل كأن المفقود لم يكن لأنا تيقنا بكون ورثة الميت وارثا بيقين أولى من توريث من كان وارثا بالشك وهذا معنى قول محمد: المفقود حي في ماله ميت في مال غيره؛ يعني: لا يرث ولا يورث عنه.

فأما حكمه في المال، وإذا مضت تلك المدة ورثه من كان حيا من ورثته دون من مات قبل مضيها؛ لأنه ثبت موته بدليل ظاهر فيعتبر كما لو ثبت موته بالمعاينة.

ولو أقر ورثته بموته وفي أيديهم مال قسم القاضي بينهم؛ لأن قولهم معتبر فيما تحت أيديهم؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ولا يصدقون على دينه ووديعته إذا جحد

الغريم والمودع موته لأنهم يدعون حق القبض فالانتزاع عن أيديهما ويدهما على المال كانت محققة بيقين فلا ينقض إلا بحجة وحكم المرتد إذا لم يعرف لحاقه بالدار وموته يوقف ميراثه ولا يقسم ماله إلا بعد موته؛ لأن موته إنما ثبت إما بالمعاينة أو باللحوق بدار الحرب ولم يثبت واحد منهما.

وإن مات أحد من ورثته لم يحبس للمفقود شيء؛ لأن المرتد لا يرث من أحد وقد حكمنا بكونه مرتدا وفي إسلامه شك فلا يغير الحكم المفقود.

ذمي وله بنون مسلمون مات أحدهم لم يوقف للأب شيء؛ لأن الكافر لا يرث من المسلم ولا المسلم من الكافر.

(فصل)

مات رجل وترك بنتين وابن ابن وبنت ابن وابنًا مفقودًا ومالا في أيدي البنتين فالقاضي لا يحرك المال ويترك النصف في أيدي البنتين ويحبس إلى أن يظهر حاله فيكون موقوفا على حكم ملك الميت إن جاء المفقود حيا يدفع إليه.

وإن علم أنه كان ميتا جعل الثلثان للبنتين والثلث بين ابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، ولو كان مال الميت في يد المفقود يعطي البنتان النصف ويترك الباقي في يد ولد المفقود من غير قضاء لهما ولأخيهما؛ لأن أقل ما يجب للبنتين النصف بأن كان المفقود حيا، وإن كان ميتا فلهما الثلثان فيعطيان الأقل؛ لأنه متيقن المال في يد الأجنبي فقالت البنتان: مات أخونا قبل أبينا، وقال: ولد الابن هو مفقود، فإن كان من في يده المال يقر بالمال وبأن الابن مفقود يعطي البنتان النصف ويترك النصف؛ لأن من في يديه المال القول له فيما في يده، فإذا زعم أن أخوهما مفقود فقد أقر لهما بالنصف فيخير على دفع النصف إليهما، ولو قال: مات المفقود أولًا يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين لأنهما يدعيانه وذو اليد صدقهما في ذلك لما أقر بموت المفقود أولا ويوقف الثلث على يديه؛ لأن ولد الابن لا يدعيه وإن جحد المال وأقامت المرأتان بينة أن أباهما مات وتركه ميراثا لهما ولأخيهما المفقود يدفع إلى البنتين النصف

لأنهما يدعيان مالا في يده وهو منكر فتقبل بيّنتهما؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الكل فما ثبت لأبيه فيثبت جميع المال للميت ويوقف الثاني على يدي عدل؛ لأن صاحب اليد لم يبق أمينا لما جحد الأمانة ويثبت بالبينة كذبه.

(فصل)

فقد المكاتب وله مال وأولاد ولدوا في الكتابة لم يؤد المكاتبة الولد ولا يستسعى؛ لأن المكاتب في حق التصرفات واليد بمنزلة الحر فتوقف ماله إلى أن يظهر حاله وهذا إذا كان متروكة من خلاف جنس ما عليه، وإن كان من جنس المكاتبة وعلم القاضي بالمكاتبة له أن يؤدي مكاتبته إذا طلب المولى ذلك كما في الخبر المديون وسعاية الولد إنما يجب بعد موته ولم يثبت موته وينفق على امرأته وأولاده الصغار الذين ولدوا في الكتابة كما لو لم يكن مفقودا مات بعض ولده المولود في الكتابة عن مال يكون ماله موقوفا ولم أخرجه من يد أخيه؛ لأنه من الجائز أنه مات حرا فيكون لورثته وإلا فلمولاه، ولأنه من الجائز أن يكون المكاتب حيا وقت اكتتابه فيكون له واحتمل أن يكون ميتا فيكون ميراثا لهذا الأخ فوقع الشك إلى إزالة يده فلا يزيل يده في الشك.

ولو أقر بالذين ولدوا في الكتابة أن أباهم مات وماله في أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا المكاتبة وقسموا المال ثم اختلفوا وارتفعوا إلى القاضي جاز عليهم ذلك؛ لأن الحق فيما بينهم لا يعدوهم فصار الثابت بإقرارهم كالثابت بالمعاينة فثبت جواز القسمة وأداء المكاتبة بإقرارهم وجحودهم بعد الإقرار لا تبطل ما ثبت بإقرارهم، وكذلك لو أقر بدين عليه بدأت به قبل الكتابة، والله أعلم.

كتاب الوديعة

الوديعة تحتاج إلى معرفة: شرعية الإيداع، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه، وشرط جوازه، وحكم شريعته.

أما شرعيته: لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] والوديعة من الأمانات ولقوله عليه السلام: "**لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِ ضَمَانٌ**"[1]، ولأن القياس يأبى جواز الإيداع؛ لأنه عقد على المنفعة؛ لأن المودع بغير منافعة من المودع لغير ماله والقياس أنه لا يصح العقد على المنفعة كما في الإجارة على ما يأتي في الإجارات إلا أنه جوز بخلاف القياس لحاجة الناس إلى الإيداع كما جوزت الإجارة لحاجة الناس بخلاف القياس[2].

وأما تفسيره: فهو عبارة عن تسليط الغير على الحفظ أي شيء ما كان المحفوظ، يقال: أودعتك هذا الشيء أي سلطتك على حفظه والثمن حفظك، ولكن في عرف الشرع إذا أطلق يراد به التسليط على حفظ المال خاصة.

وأما ركنه: بقوله أودعتك هذا المال، وإن لم يقبل الآخر حتى لو قال: هذا للغاصب صار المال أمانة عنده، وإن لم يقبل حتى لو هلك عبده لا ضمان عليه وهذا؛ لأن ضرورة المال أمانة عند الغير حكم يلزم صاحب المال لا غير فثبت به وحده كالطلاق والعتاق فكفى قوله: أودعتك في حق ضرورة المال أمانة عند غيره، فأما في حق وجوب الحفظ على المودع فالركن هو الإيجاب والقبول؛ لأن وجوب

---

(١) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده ضعيفان (تلخيص الحبير ٩٧/٣ ط. الفنية المتحدة).

(٢) انظر: البدائع ٣٨٩٨/٨، والاختيار ١١٨/٢، والشرح الصغير ٥٧٠/٣، وحاشية ابن عابدين ٥٠٣/٤، ونهاية المحتاج ١١٩/٥، وأسنى المطالب ٣٢٨/٢، والمغني ٢٢٧/٥، والإقناع ٣٠٥/١ ط. دار المعرفة.

الحفظ حكم يلزم المودع فلا بد من قبوله ليلزمه الحفظ.

وأما شرط جوازه: على الخصوص يكون المال قابلا لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ والحفظ لا يتهيأ إلا بعد إثبات اليد عليه حتى لا يصح إيداع الآبق والضال والمال الساقط في البحر.

وأما حكمه: فشيئان وجوب الحفظ على المودع؛ لأنه ألزم بعقد الوديعة حفظه وضرورة المال أمانة عنده؛ لأن يد المودع في حق الحفظ يد المالك والشيء في يد المالك أمانة فكذا هذا في يد نائبه، وإذا صار المال أمانة عنده كان هو أمينا فيه ضرورة.

(باب ما يقع به الإيداع)

عقد الوديعة تارة يقع بالإيجاب والقبول صريحًا، ومرة يقع كتابة دليلا.

فالصريح ما ذكرنا.

والكتابة كقول الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال لرجل في يديه ثوب: أعطينيه، فقال: أعطيتك، وهذا على الوديعة نص عليه في (**المنتقى**)؛ لأن الإعطاء يحمل الهبة والوديعة إلا أن الوديعة أدى وهو متيقن والهبة أعلى وهو مشكوك فيها فصار كناية عن الإيداع.

وأما دلالة كما لو وضع ثوبا أو متاعا عند إنسان فلم يقل شيئًا أو قال: هذا الثوب وديعة عندك؛ وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وتركه هناك وضاع ضمن؛ لأنه أودع عرفا والآخر قبل عرفا.

ولو قال الآخر: لا اقبل الوديعة؛ وتركها صاحبها عنده وذهب فضاع لا يضمن؛ لأن القبول عرفا لا يثبت عند الرد صريحًا، وكذا لو قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون فيه حتى لو تركوا فهلك ضمنوا؛ لأن الكل حافظوا، فإن قام واحد فالضمان على آخرهم؛ لأنه تعين الآخر حافظا وصار هذا كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ثم هلك قفيز منهما تعين الباقي للعقد فكذا هذا.

وكذا لو وضع الثياب في الحمام بمرأى عين الحمامي ولم يقل باللسان شيئًا ودخل الحمام ينظر إن كان للحمامي ثيابي يحفظ الثياب لا يضمن الحمامي ويضمن الثيابي مثل ما يضمن المودع؛ لأنه استحفاظ للثيابي دلالة، وإن لم يضمن الحمامي؛ لأن وضع الثياب بمرأى عينه استحفاظ منه دلالة وعرفا.

ولو قال الداخل لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؛ وأشار صاحب الحمام إلى مكان يضمن الحمامي ما يضمن المودع دون الثيابي؛ لأن هذا استحفاظ من الحمامي نصًا فصار صاحب الحمام مودعا فيضمن، وإن كان الحمامي يعد لأخذ الغلة. وكذلك رجل دخل خانًا بدابته فقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك؛ فربط ورجع فلم يجد دابته فقال صاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة؛ وليس له صاحب ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ من صاحب الدابة فلما أشار صاحب الخان إلى موضع الربط فقد أجابه إلى الحفظ فصار مودعا، وكذا لو وضع الثياب بمحضر من الحمامي فخرج آخر من الحمام ولبس ثياب غيره وصاحب الحمام لا يدري أنها ثيابه أم لا ثم خرج صاحب الثياب فقال: ليس هذه ثيابي، فقال: الحمامي رجل خرج من الحمام ولبس الثياب وظننت أنها ثيابه ضمن الحمامي؛ لأنه ترك الحفظ.

ولو وضع ثيابه بمحضر من الحمامي ثم خرج فوجد الحمامي نائما وقد سرق ثيابه ينظر إن نام قاعدا لا يضمن؛ لأنه غير تارك للحفظ وإن نام مضطجعًا ضمن؛ لأنه تارك للحفظ.

رق انفتح وانفتق فمر به رجل إن أخذه ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن؛ لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة؛ لأنه ليس له حافظ فالظاهر من حال المسلم أنه يسعى لحفظ مال غيره وصيانته عن الضياع فيضمن بترك الحفظ، وإن لم يأخذه ولم يرق منه لم يضمن؛ لأنه لم يلتزم حفظه فلم يصر تاركا للحفظ، وإن كان المالك حاضرا لم يضمن في الوجهين؛ لأنه لم يلتزم الحفظ دلالة؛ لأن له حافظًا.

(باب ما يكون حفظا للوديعة وما لا يكون)

وإذا قبل الوديعة يلزمه حفظها بما يحفظ به ماله من حرز ويد.

أما الحرز وهو داره ومنزله وحانوته سواء كان ملكه أو استأجره أو استعاره؛ لأنه يحرز ويحفظ الأموال في هذه المواضع عادة فكان حافظا لا مضيعًا.

وأما اليد فله أن يحفظها بيده ويد من هو في عياله كزوجته وأمته وولده الكبير وعبده وأجيره.

وقال الشافعي: لو دفع الوديعة إلى من هو في عياله ضمن.

والصحيح قولنا؛ لأن دفع الوديعة إلى من في عياله حصل بإذن المالك دلالة؛ لأنه لا يتهيأ له الحفظ بنفسه دائما آناء الليل وأطراف النهار، فإنه يضطر إلى الخروج لإقامة معاده ومعاشه ولإقامة الفرائض ونحوها ومتى خرج ربما لا يمكنه إخراج الوديعة مع نفسه فلا يمكن الحفظ دائما إلا بمن في عياله؛ لأن متى خرج تركه في بيته فتصير الوديعة في يد عياله فصار المالك راضيًا بكونها في يد عياله دلالة.

وأما أجيره إن استأجره مشاهرة بنفسه وكسوته فهو في عياله فلا ضمان عليه.

وأما الذي استأجره يجري عليه نفقة كل شهر ولا يسكن معه فيدفع إليه ضمن؛ لأن هذا ليس في عياله؛ لأنه غير ساكن معه ويمكنه الحفظ بدونه فيضمن بالدفع إليه.

ولو قال: لا يدفعها إلى فلان من عيالك وعينه فدفعها فإن كان لا بُدَّ له منه بأن لم يكن له عيال سواه لم يضمن؛ لأنه لم يصح نهيه؛ لأنه لا بُدَّ له من الدفع إليه، كما لو قال له لا يحفظها في هذه الدار وليس له دارا أخرى سواها، وإن كان له عيال غيره ضمن؛ لأنه صح نهيه؛ لأن الناس يتفاوتون في الحفظ وله يد من أن يدفع إليه، فإذا فعل صار ضامنا.

ولو قال: اخبئها في بيتك هذا ولا تخبئها في بيت آخر فخبأها في بيت آخر من الدار لم يضمن خلافًا للشافعي.

ولو قال: أخبئها في هذه الدار فخبأها في دار له أخرى ضمن والفرق أن البيتين من دار واحدة يستويان في الحرز والتحصين، فإن كان ظهر أحدهما إلى السكة ولا يكون ظهر الآخر إلى السكة، ألا ترى أن المتمكن من الأخذ من أحد البيتين يكون

متمكنا من الأخرى إذا كانت الدار صغيرة فصار البيتين من هذا الوجه بمنزلة بيت واحد، ولهذا السارق لو نقل المتاع من أحد البيتين إلى الآخر لانقطع فلم يكن التقييد مفيدا فلغى فلا يضمن، كما لو قال: احفظها في هذا الصندوق فحفطها في صندوق آخر بخلاف الدارين لأنهما مختلفان في الحرز والتحصين فيكون التقييد مفيدًا، وإن كان الثاني أحرز وأحصن من الأول إلا أن الممكن من الأخذ من الأخرى لا يكون متمكنا من الأخذ من الأخرى فلا يمكن أن يجعل الدارين بمنزلة دار واحدة فيكون الشرط مقيدا، كما لو قال: أودع مالي زيدًا، فأودع عمرا ضمن، وإن كان عمرو أعدل وأوثق، ولو دفعها إلى من ليس في عياله ضمن؛ لأنه تهيأ ويمكنه الحفظ بدون الدفع إلى الأجنبي.

(النوادر): لو دفعت المرأة الوديعة إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج في عيالها لأنها لا يمكنها بنفسها ألا تخرج، ولأن الرضا بكون الوديعة في يد المرأة رضاء بكونها في هذا الزوج دلالة؛ لأن المرأة والبنت كلها في يد الزوج والعبرة للمعنى؛ لا للضرورة، ولو أجر بيتًا من داره إنسانا فدفع الوديعة إلى هذا المستأجر ينظر إن كان بيت كل واحد مغلق على حدة يضمن؛ لأنه ليس في عياله، وإن لم يكن ويدخل كل واحد على صاحبه بغير جسمه لا يضمن؛ لأنه بمنزلة من في عياله، ولو دفع إلى شريكه مفاوض أو عيان أو عبد مأذون له في التجارة أو عبد معتزل عن منزله فضاع لم يضمن وكذلك الصيرفيان إن كانا شريكين فوضع عند أحدهما وديعة فوضعها في كيسه أو صندوقه وأمر شريكه بحفظها فحمل الكيس فضاع لم يضمن؛ لأن كل واحد من الناس يحفظ ماله بشريكه ومملوكه فصارت أيديهم في حفظ المال كثيرة.

ولو غاب من منزله وخلق امرأته وكانت الوديعة في يده، فلما رجع طلب ولم يجد فإن كانت امرأته أمينة ثقة لا تضمن؛ لأنه غير مضيع، وإن كانت غير أمينة يضمن؛ لأنه مضيع.

رجل له امرأتان ولكل واحدة ابن من غيره يسكن معه وينفق عليهما فهما في عياله؛ لأنه وجد تفسير من هو في عياله.

ولو كان المودع دفن الوديعة في مكان حصين فنسي قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن

والأصح أنه ينظر إن قال: وضعت في داري فنسيت المكان؛ لا يضمن؛ لأن له أن يضع في داره.

ولو قال: لا أدري وضعت في داري أو في موضع آخر يضمن؛ لأنه لا يدري أنه وضع في موضع له ولاية الوضع.

ولو قال المودع: دفنت الوديعة في داري أو في كرمي ونسيت موضعها؛ لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب؛ لأنه ليس بتضييع، وإن قال: دفنت في موضع آخر ونسيتها يضمن؛ لأنه تضييع.

وكذلك لو لم ينس مكان الدفن إلا أنه سرق الوديعة من المكان المدفون، فإن كان للدار والكرم باب لم يضمن المودع إذا قال: وضعت الوديعة بين يدي ثم قمت ونسيتها فضاعت، يضمن؛ لأن نسيانه تضييع منه.

ولو قال: وضعت بين يدي في داري ثم قمت ونسيتها، ينظر إن كان ما يحفظ في عرصة الدار لا يعد حرزًا له كصرة الذهب ونحوه يضمن وإلا فلا، وإذا وضع الوديعة في الدار وخرج والباب مفتوح فجاء سارق ودخل وأخذ الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع يسمع المودع الحس يضمن؛ لأن هذا تضييع المودع، وإذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها: لا تضعها في الحانوت، فإن مخوف وتركها فيه حتى سرق لئلا ينظر إن لم يكن له موضع آخر من الحانوت لا يضمن؛ لأنه غير قادر، وإن كان يضمن؛ لأنه قادر على حفظه في موضع الحرز منه فيكون نهي صاحب الوديعة مفيدا، فإذا وضعها في الحانوت فقد خالفه فصار مضيعا. سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه؛ لأنه غير مضيع كما في حانوته؛ لأن جيرانه يحفظونه لا أن يكون هذا إيداعا من الجيران ليقال ليس للمودع أن يودع لكن هذا مودع لم يضع الوديعة.

(باب ما يضمن المودع وما لا يضمن)

المودع لا يملك الإيداع من أجنبي ولو أودع يضمن خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه مأمور بالحفظ والمالك رضي بحفظه دون حفظ غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في

الحفظ والرضا بحفظه لا يكون رضًا بحفظ غيره كالوكيل بالبيع لا يملك التوكيل؛ لأن الناس يتفاوتون في البيع والشراء فكذا هذا وله أن يدفع الوديعة إلى غيره في حالة الضرورة نحو حرق بيته أو خاف غرق سفينته فدفعها إلى غيره لم يضمن استحسانًا؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ في هذه الحالة إلا بالإيداع والاستحفاظ من الأجنبي فصار مأذونا فيه دلالة.

ولو أودع المستودع أجنبيًا حالة الاختيار ضمن الأول دون الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول.

لهما: أن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه الأول بالدفع والثاني بالقبض فالآخذ من يد ضمين فيصير ضامنا مودع الغاصب والمشتري من الغاصب المودع إلا أنه يرجع على الأول؛ لأنه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان كمودع الغاصب.

لأبي حنيفة: إن قبض الثاني حصل من يد الأمين لا من يد الضمين فكان أمينا فيه، وذلك لأن الأول لا يصير ضمينًا بمجرد الدفع إلى الثاني؛ لأن للأول أن يدفع الوديعة إلى الأجنبي ليحفظه للمالك بحضرته؛ لأنه مأمور بحفظها على المالك وفي حفظ الأجنبي بحضرته بأمره حفظ على المالك؛ لأنه لا يقطع رأي الأول فيكون حافظا له برأيه ما دام العين في المجلس فلا يصير غاصبا، ولهذا لو هلكت قبل مفارقته عن الثاني لا يضمن واحد منهما كالوكيل بالبيع إذا وكل من باع بحضرته جاز؛ لأن البيع حصل برأي الوكيل الأول، وإذا لم يصر الأول غاصبا بالدفع قبل المفارقة لم يصر الثاني غاصبا بالقبض قبل حصول المال أمانة في يده بالقبض ولم يوجد منه تعد وهو مستمر على الحال الأولى فلا يضمن، والأول لما فارقه فقد ترك الحفظ المأمور به بالمفارقة فضمن وصار، كما لو قال له الآمر: ادفع إلى فلان ولا تفارقه، فدفع وفارقه ضمن الأول دون الثاني لوجود التضييع بترك الحفظ من الأول دون الثاني، فإن استرد المودع الأول وحفظ بنفسه يبرأ عن الضمان وكذلك إذا خالف في الوديعة فعلًا بأن ركب الدابة أو لبس الثوب ثم نزل وعاد إلى الوفاق برئ خلافًا لزفر والشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن بالعود إلى الوفاق ارتفع سبب الضمان وهو إتلاف العين معنى بإعجاز المالك عن الانتفاع والارتفاق؛ لأن المالك صار متمكنًا من الانتفاع والارتفاق بعد العود إلى الارتفاق بواسطة الاسترداد والاستنفاذ منه ومناط ضمان التعدي هو الإتلاف معنى فمتى ارتفع مناط الضمان قبل تقرر حكمه لم يتوقف عليه حكمه.

وكذلك لو كانت الوديعة دراهم فأخذ بعضها لنفقته ثم رده إلى موضعه برئ عن الضمان؛ لأنه ترك الخلاف وعاد إلى الوفاق، ولو سافر بالوديعة ولم يكن لها حمل ومؤنة والطريق آمن لم يضمن إن هلك خلافًا للشافعي؛ لأنه أمره بالحفظ مطلقًا غير مقيد بزمان ولا مكان وقد أتى بالحفظ؛ لأن السفر محل الحفظ متى كان الطريق آمنا كالحصر، بدليل أن الناس يخرجون الأموال النفيسة إلى الصحراء والبراري ويحفظن بهائمه كأهل الجبال والصحاري، ولهذا الأب والوصي يملكان المسافرة بمال الصبي مع أنهما مأموران بقربان أمواله على وجه الأحسن والأنظر، فإن كان له حمل ومؤنة فسافر بها لم يضمن عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يضمن إن كان بعيدا وإن كان قريبا فلا، وعند محمد: يضمن في الحالين، لمحمد: أن العرف بين الناس متى كانت الوديعة لها حمل ومؤنة أنهم يريدون بالأمر بالحفظ مطلقًا الحفظ في مكان الإيداع لكي لا يلزمه مؤنة الحمل والرد فيأتي ذلك على الوديعة فيتضررون به والثابت عرفا كالثابت نصًا لأبي يوسف أن هذا العرف معدوم فيما إذا كانت المسافة قريبة؛ لأن ما يلحقهم من المؤنة يسيرة والمؤنة اليسيرة ساقطة الاعتبار عرفا، ولهذا لو نقل الوديعة في المصر من محله إلى محله لم يضمن، وإن كان يلحقه مؤنة يسيرة لأبي حنيفة أن الأمر بالحفظ مطلق فيجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده بمكان إلا بدليل وما قالا من العرف مشترك منهم من وصى بمؤنة الرد حتى يكون المودع هو الحافظ ومنهم من لا يرضى فلا يجوز التقييد بدلالة عرف مشترك كما في الوكيل بالبيع لما كان العرف مشترك الدلالة منهم من يبيع بعين فاحش لإحراز الثمن فيشتري سلعة أخرى فيربح عليها ومنهم من لا يبيع لم يتقيد الأمر به فكذا هذا أودع صبيا أو عبدا محجورا عليه لم يضمن في الحال ويضمن العبد إذا

عتق عندهما، وقال أبو يوسف: يضمنان للحال، وإن كانت الوديعة عبدا فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته ومولى العبد بدفعه أو يقيد به، له: أنه لم يوجد الرضا من المالك بالاستهلاك صريحا ولا دلالة؛ لأن هذا التسليط لا يدل على الرضاء بالاستهلاك؛ لأنه اقترن به الأمر بالحفظ صريحا والأمر بالحفظ إن لم يصح في حق وجوب الحفظ عليه ولكن يصح في حق كونه إخبارا عن عدم الرضا بالاستهلاك، وإذا لم يكن راضيا بالإتلاف صار المودع بالإتلاف متعديا فيضمن كما قبل الإيداع، لهما: أن هذا التسليط تسبيب لحصول التلف؛ لأنه تمكين من الإتلاف في حق من له داع إلى الإتلاف وليس له صارف وزاجر عنه شرعا وحسا؛ لأن شهوة الإنسان داعية إلى الانتفاع بالمأكول والملبوس عند التمكن والاقتدار عليه خصوصا للصبي وليس له مانع حسا وشرعا، فإنه لا يلحقه المأثم بالإتلاف فيكون تمكين الصبي من الإتلاف مفضٍ إلى الإتلاف غالبًا فيكون تسبيبا لحصوله والتسبيب دلالة الرضا بحصول المسبب كمباشرة البيع دلالة الرضا بزوال الثمن عن ملكه وكتقدم الطعام بين يدي إنسان دلالة الرضا بتناوله بخلاف البائع؛ لأن في حقه وجد الضمان والمانع وهو لحوق المأثم ولزوم المغرم فلم يكن التسليط في حقه مفضيا إلى التلف غالبًا فلم يكن تسبيبا والأمر بالحفظ لم يصح في حق الصبي؛ لأنه لم يجب به الحفظ عليه فكان ضائعا فيما يرجع إلى الدلالة على عدم الرضا بالإتلاف مع علمه أن الحفظ لا يجب عليه من أمارات الرضا بالإتلاف فصار بمنزلة ما لو وضع الشعير بين يدي الحمار أو اللحم بين يدي الهرة وقال: لا أرضى بأكلها، كان هذا منه لغوا عيبا وقولا سفها فكذا هذا.

وفي حق العبد المحجور لم يصح الأمر بالحفظ في حق المولى؛ لأن الحفظ يقوم بالمنفعة ومنفعته مملوكه للمولى وصح في حق العبد حتى لو دل إنسانا على سرقته فسرق يضمن بعد العتق فظهر وجوب الحفظ في حقه ويلحقه الإثم بتركه فضمن بترك الحفظ بعد العتق لا بالإتلاف كما لو أقر بكفالة أحد به بعد العتق بخلاف ما لو كانت الوديعة عبدًا أو أمةً؛ لأن رضا المولى بالإتلاف لا يصح؛ لأن روح العبد منفي على الحرية فكان وجود الرضا من المولى وعدمه بمنزلة فصار كما لو استهلكه بدون الوديعة، ولأن التسليط لا يتحقق في الآدمي؛ لأن كل آدمي آلة الدفع والمقاومة فلم

يكن الإيداع تسليطا عليه، ولأن التسليط مُفْضٍ إلى التلف غالبًا أودعه رجلان مكيلا أو موزونًا أو دابة أو عبدا ثم غابا فجاء أحدهما بطلها لم يدفع إليه شيئًا حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يدفع إليه نصيبه ولا يجوز قسمته على الغائب حتى لو هلك النصف في يده يكون للغائب أن يشارك صاحبه فيما قبض ولم يفصل محمد بين المكيل والموزون وغيره.

وقال بعض مشايخنا: الخلاف في المكيل والموزون خاصة وهو الأشبه بدليل أن غير المكيل والموزون لو كان في يد أحد الشريكين وقد غاب ليس للحاضر أن يأخذ منه نصيبه فلأنْ لا يكون له أن يأخذ نصيبه من يد المودع أولى، وإنما جمع محمد بين الكل؛ لأن الجواب في الكل واحد عند أبي حنيفة.

لهما: أن قسمة المكيل والموزون إقرار لعين الحق من وجه حتى كان لكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى ومبادلة من وجه؛ لأن بالقسمة لا يصل إلى كل واحد منهما عين حقه حقيقة؛ لأن ما من حنطة إلا ونصفها له ونصفها لشريكه فباعتبار أنه إقرار لعين الحق له أن يأخذ حصته، ولهذا لو كان الشريك حاضرا كان لأحدهما أن يمد يده ويأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فكذا إن كان غائبا وباعتبار أنها مبادلة حصل المأخوذ مشتركا بينهما في حق الغائب متى لم يسلم له الباقي توفيرا على الشبهين حظهما.

لأبي حنيفة: أن باعتبار أنه مبادلة لا يكون له حق الأخذ والمنع ولا للمودع الدفع لما فيه من دفع مال الغائب إلى غيره بغير إذنه والغائب أمر له بالحفظ ولم يأذن له بالدفع والقسمة ولهذا لا تصح القسمة على الغائب بالإجماع بخلاف ما لو كان الألف دينا لاثنين؛ لأن المديون يسلم مال نفسه فصح الطلب نظيره. لو جاء رجل إلى المودع وقال: إن المودع وكلني بقبض الوديعة منك؛ فصدقه وأبى أن يسلمها إليه لم يجبره القاضي عليه، وفي الدين يجبره القاضي لما ذكرنا من الفرق.

رجل أودع رجلين شيئًا بقسم فاقتسما نصفين ثم ضاع لم يضمنا؛ لأن القسمة حصلت بإذن المالك؛ لأنه لما أمرهما بالحفظ مع علمه أنه لا يتهيأ لهما الاجتماع على الحفظ في مكان واحد آناء الليل والنهار، وإنما يتهيأ لهما الحفظ بالقسمة كان

الإيداع منهما إذنا لهما بالقسمة دلالة، ولو دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن الدافع عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يضمن.

لهما: أنه لما لم يكن اجتماعهما على حفظ الكل دائما بحيث لا يعيب أحدهما عن الآخر وانصرف الأمر إلى حفظ ممكن كان المالك قال لهما: احفظهما حفظا ممكنا، ولو صرح بهذا كان لهما الحفظ بالطريقين بقسمة العين أو بطريق التهايؤ بأن يحفظ كل واحد شهرا ولم يضمنا فكذا هذا وصار كما لو كانت الوديعة مما لا يقسم.

لأبي حنيفة: أن المالك رضي بحفظهما لا يحفظ أحدهما واجتماعهما على حفظ الكل متعذر وطريق إمكان الحفظ غير ملفوظ من جهة الأمر لو ثبت إنما يثبت مقتضى صحة الأمر بالحفظ لضرورة صحة الكلام فينفذ بقدر الضرورة والضرورة ارتفعت بالحفظ بقسمة العين، فإن ثابت لهما بالإجماع فلا يطلق لهما الحفظ بطريق التهايؤ مع أن قسمة العين للحفظ أنفع للمالك؛ لأن الناس متفاوتون في الحفظ فمتى تهايأ في الحفظ فلو وقع الخلل بقصور أحدهما في الحفظ يقع في جميع المال ومتى اقتسما المال يقع الخلل في نصف المال فكان إثبات إمكان الحفظ بقسمة المال أولى، ومتى تعين هذا لإمكان الحفظ انتفى الآخر ضرورة وإن كانت الوديعة مما لا يقسم كالعبد ونحوه فتهايأا فدفع أحدهما الكل إلى صاحبه في نوبته لم يضمن؛ لأن اجتماعهما على حفظ الكل متعذر وحفظ النصف لكل واحد بالقسمة متعذر فلم يبق لإمكان الحفظ إلا التهايؤ ومطلق الأمر بالحفظ ينصرف إلى حفظ ممكن وذلك بالتهايؤ فثبت الإذن به دلالة فحصل دفع الكل إلى صاحبه في نوبته بإذن المالك وعلى هذا الخلاف المرتهنين والعدلين والوكيلين بالقبض إذا دفع أحدهما إلى الآخر مما يمكن قسمته.

مودع استهلك بعض الوديعة وضاع البعض لم يضمن الضائع؛ لأنه لم يتلف الباقي ولا ترك حفظه والأمين لا يضمن إلا بالإتلاف أو بترك الحفظ.

ولو رد ما استهلك فخلطه بما بقي ضمن كله؛ لأنه خلط الباقي بملك نفسه؛ لأن ما جاء به بقي على ملكه؛ لأنه لا يبرأ برده إلى ذلك المكان؛ لأن الديون لا تبرأ إلا

بالأداء إلى مالكه أو نائبه ولم يوجد؛ لأنه لا يتصور أن يكون قاضيا للدين عن نفسه بنفسه، فإن باعه طاب له ربح ما خلط ولم يطب له ربح ما بقي من الوديعة ويتصدق به، وقال أبو يوسف: كله طيب لما يأتي في الغصب.

أودعه حيوانا وغاب فحلب ألبانها فخاف فسادها وهو في المصر فباع بغير أمر القاضي يضمن وبأمره لا يضمن؛ لأنه لا يملك بيع مال غيره إلا بإذنه أو بإذن من يلي عليه وبيع ما يتسارع إليه الفساد حفظ معنى باعتبار إحراز ماليته على ملك مالكه وترك للحفظ باعتبار إزالة العين عن ملكه بغير إذنه وإذن من يلي عليه فوقع الشك في كونه حفظا فلا يدخل تحت الأمر بالحفظ، فأما إذا كان في المفازة فإنه يجوز بيعه هكذا روى ابن رستم؛ لأنه يجوز من الأجنبي بيع ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير في المفازة فمن المودع أولى، فإنه مأمور بحفظه، وذلك لأن بيعه في المفازة حفظ من كل وجه؛ لأنه لا يتصور وجود الإذن من الغائب، ولو لم يبع يضيع أصلا فأما في المصر يمكنه تحصيل الإذن من القاضي فكان بيعه بغير إذنه يكون إزالة ملك غيره بغير إذن من يلي عليه فيكون إتلافا فيضمن.

ولو حمل الفحل على الوديعة فنتجت ثم هلكت من ذلك ضمن؛ لأنه غير ما دون بإنزاء الفحل عليها فصار متعدِّيًا فضمنها كما لو ركنها فهلكت والولد للمالك؛ لأنه متولد من ملكه كمن زوج جارية من عبد إنسان فولدت فالولد لصاحب الجارية فكذا هذا، ولو كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع فالنكاح فاسد، ولو دخل بها فالعقد لصاحبها لما عرف.

ولو أكراها فالكراء له والفرق بين الأجرة والعقد ذكرناه في كتاب الغصب، ولو ردها المستودع ثم استحقت لا يضمن؛ لأن مودع الغاصب إنما صار ضامنا باعتبار أنه فوت إمكان الأخذ على المالك من الغاصب الأول كقبضه منه فلما رده على الأول فقد أعاد ما فوت بقبضه على المالك وهو إيجاز الأخذ من الأول فارتفع سبب الضمان فبرئ عن الضمان بخلاف المودع إذا جحد الوديعة ثم أقر؛ لأن بالجحود ينفسخ عقد الوديعة ولم يبق أمينا وبالإقرار لا يعود عقد الوديعة والأمانة فلم يرتفع سبب الضمان.

(المنتقى): قال أبو يوسف رحمه الله: إذا جحد المستودع الوديعة عند حضرة صاحبه، وإذا جحد عند غيره لا يضمن.

وقال زفر: يضمن في الحالين؛ لأن الجحود منافٍ لعقد الوديعة؛ لأنه أخذ الشيء لنفسه وترك الحفظ على مالكه فكان ردًّا للنيابة، وذلك لا يختلف بحضرة المالك وغيبته كالخلاف بالفعل لأبي يوسف: أن الجحود حال غيبة المودع ليس بمبطل للعقد؛ لأنه ربما يجحد الوديعة حال غيبة المالك بحفظ المال عليه حتى لا يعلم غيره أنه مودع فلان فلا تصل إليه اليد المتغلبة المتلصصة وعلى هذا جرت العادة بين الناس بترك إظهار الودائع للأجانب وما يكون من باب الحفظ يكون المالك راضيا به فلا يضمن.

وكذا إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يجحد أصل الوديعة بل يدعي تمليكا من جهة المالك وهو ينكر فلا يصير مستهلكا، فإن طلبها فمنعه إياها ضمن بالمنع، ولو جحد الوديعة ثم أخرجها بعينها وأقر بها وقال لصاحبها: اقبضها، فقال: دعها وديعة عندك، فضاعت ينظر إن ضاعت تركها عنده وهو قادر على أخذها لو شاء تناولها برئ المودع وهي وديعة عنده؛ لأنه متى قدر على أخذها صار كأنه أخذها ثم أودعها منه ثانيا، وإن كان لا يقدر على أخذها يبرأ عن الضمان؛ لأنه لم يتم الرد فبقي على الضمان الأول وكذلك إن قال: اعملها مضاربة؛ ذكر الخصاف لو جاء رجل بصك باسم غيره وزعم أن صاحب الصك أقر له بالملك وأنه وكله بالقبض فدفعه إليه من عليه الدين من غير تصديق ولا تكذيب ثم جاء صاحب الصك وأقر بالوكالة فأنكر أن يكون المال له، فإنه يأخذ المال إن كان قائمًا، وإن كان هالكا ضمن القابض وكذلك هذا في الوصية؛ لأنه متى قبض لنفسه خرج من أن يكون وكيلًا وصار غاصبًا؛ لأن المالك إنما أذن له بقبض المال له لا لنفسه، فإذا ادعى أنه قبضه بنفسه على وجه الغصب كان ضامنًا.

رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وقال: خمسة منها هبة لك وخمسة وديعة عندك، فاستهلك القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية يضمن سبعة ونصف؛ لأن هبة الخمسة فاسدة لأنها مشاعة والهبة الفاسدة مضمونة والوديعة أمانة وقد شاعتا في الكل فالخمسة المستهلكة نصفها أمانة فصارت كلها مضمونة بالاستهلاك

والخمسة الهالكة نصفها أمانة وإنها لا تضمن بالهلاك بقي نصفها مضمونة بالهبة الفاسدة فصارت جملة ما ضمن سبعة ونصف، ولو دفع إليه عشرة وقال: خمسة منها لك وخمسة سلمها إلى فلان؛ فهلكت الدراهم يضمن خمس الهبة لأنها كانت هبة فاسدة ولا يضمن الخمسة الباقية لأنها أمانة في يده، ولو أعطاه خمسة خمسة على حدة على أن له خمسة منها ولم يبين أيهما فخلطهما القابض يضمن الخمسة الهبة ولا يضمن كلها لما بينا.

(**الفتاوى**): المودع إذا طلب منه الوديعة فقال: اطلبها غدًا؛ فجاء صاحبها غدا فقال المودع: ضاعت الوديعة؛ سئل عنه: متى ضاعت قبل إقرارك أو بعده؛ إن قال: قبل إقراري؛ لزمه الضمان؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله: اطلبها غدًا، إقرار أنه ما ضاع، فإذا قال: قد ضاعت قبل ذلك لا أدري أضيّعت الوديعة أم لم أضيع؛ يضمن بدليل أنه لو تحقق ما توهم يضمن ولم يثبت التضييع من جهة غيره فيتعين كونه مضيعًا.

ولو قال: لا أدري ضاع أم لا؛ لا يضمن؛ لأنه لو تحقق الضياع لم يضمن فكذا إذا توهم فيه.

الدابة الوديعة إذا أصابها شيء فأمر المودع إنسانا أن يعالجها فعطبت من ذلك فلصاحبها أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المودع لم يرجع على أحد؛ لأنه تبين أن المعالج عالج ملكه بأمره، وإن ضمن المعالج ينظر إن علم أنها دابة المستودع أو شكك فيها أنها له أم لغيره، فإنه يرجع على المستودع؛ لأن الدابة في يد المودع واليد دليل الملك ولم تثبت يد غيره عليها فصح الأمر في زعمه بناء على الملك، فإن علم أنها دابة غيره، فإن أخبره المودع أنها ليست بدابتي ولم أؤمر فيها بالمعالجة لا يرجع؛ لأن الأمر لم يصح.

ولو قال المالك للمودع في السر: من أخبرك بعلامة كذا فادفعها إليه، فجاء رجل وزعم أنه رسول المودع وأتى بتلك العلامة فلم يصدق ولم يدفع إليه حتى يهلك لم يضمن؛ لأنه يتصور أن نافى غرر رسوله بتلك العلامة.

(باب الأمانات تنقلب مضمونة بالموت)

(**المبسوط**): وإذا مات المستودع والوديعة قائمة بعينها في أيدي الورثة ردت

على صاحبها لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**من وجد عين ماله فهو أحق به**".

وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركة الميت بخاص الغرماء؛ لأنه لما مات المستودع ولم يتبين صار مجهلا للوديعة فصار بالتجهيل مستهلكا لها لا يمكن للمالك الوصول إليها فصار تالفًا معنى في حقه فضمن المستودع وهذا كالدين الثابت بالمعاينة فيكون متساويا لدين الصحة.

(النوادر): الأمانات تنقلب بالموت مضمونة أداء لم يبين شيئًا إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: متولي الوقف إذا مات ولا يعرف حال عليها التي أخذها لا يضمن.

والثاني: السلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا يضمن ذكره في السير الكبير؛ لأنه ناب عن المسلمين في الحفظ بنفسه وبغيره والثابت لا يضمن.

والثالث: في نوادر ابن هشام عن محمد: قاض مات في يده مال اليتيم ولا يدري أين المال ولم يبين ضمن ذلك في تركته، وإن عرف أنه دفع إلى إنسان ولا يدري إلى من دفعه لم يضمن؛ لأن له أن يحفظ مال الأيتام بغيره.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد: أنه لو قال: ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه لم يضمن، ولو مات قبل بيانه ضمن كالمودع.

وذكر في الهاروني: لو جن المستودع جنونا مطبقا فطلبت الوديعة فلم توجد صارت دينا في ماله وينصب القاضي له وليا يقبضها من ماله ويأخذ بها ضمينًا ثقة من المدفوع إليه حتى لو أفاق المستودع وقال: ضاعت أو رددتها أو لا أدري أين هي، حلف على ذلك، فإن حلف يرجع بها على المدفوع إليه، فإن كان قد دفعها إلى امرأته ثم مات أخذت المرأة بها، وإن قالت: قد ضاعت أو سرقت؛ فالقول قولها مع يمينها ولا شيء على أحد؛ لأن للمستودع أن يدفع الأمانة إلى عياله فكانت أمينة في حفظها، وإن قالت: قد رددتها عليه قبل موته؛ فالقول لها مع يمينها وصارت دينا فيما ورثت المرأة من الزوج لأنها أمينة ادعت الرد على المستودع ولم يعلم ذلك وقد مات المستودع مجهلا للرد عليه فصارت دينا في تركته في نصيبها؛ لأن باقي الورثة

ينكرون ردها، ولو رهن طيلسانا يساوي مائة بثلاثين درهما ودفعه إليه ثم مات المرتهن وطلب الطيلسان فلم يوجد، فإنه صار ضامنا لقيمة الطيلسان ويقبض منها الورثة ثلاثين ويرد سبعين من تركة الميت.

(**الجامع**): لو قال المستودع لصاحب الوديعة: قد قبضت بعض وديعتك، ثم مات المستودع ولا يدري الباقي قال صاحب المال: لم أقبض شيئًا، وقال ورثة المستودع: قد قبضت تسعمائة وبقي مائة؛ لا يصدق الورثة ويقال لصاحب الوديعة: لا بد من أن يقر بقبض شيء من الوديعة ويحلف على ما بقي: ما قبضت ما قالت الورثة؛ ويأخذ الباقي من تركة المستودع؛ لأن إقرار المستودع بقبض صاحب الوديعة بعض الوديعة جائز لكونه مؤتمنًا من جهته، ولهذا لو أقرَّ أن صاحب الوديعة قبض جميع الوديعة صح إقراره فهذا أولى ثم وقع الخلاف بينه وبين ورثة المستودع في مقدار المقبوض؛ لأنه أقر بقبض شيءٍ مجمل مجهول فكان هذا المجمل فيكون القول قوله في البيان بخلاف ما لو قال صاحب الوديعة في حياة المستودع: قبضت مائة وبقي عندك تسعمائة، والمستودع يقول: لا بل قبضت تسعمائة؛ فالقول قول المستودع مع يمينه؛ لأنه ما دام حيا فهو أمين والقول قول الأمين في قبض صاحب الأمانة وبالموت من غير بيان صار ضمنيا. ولم يبق أمينا فيكون القول قول القابض في قدر المقبوض كالغاصب مع المغصوب منه إذا اختلفا في مقدار قبض المغصوب إذا اختلف الطالب وورثة المودع في الوديعة فقال الطالب قد مات ولم يبين، فصار دينا في ماله، وقالت الورثة: كانت قائمة بعينها معروفة يوم مات المودع ثم هلكت بعد موته، فالقول للطالب وهو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت في التركة ظاهرا فلا يقبل قول الورثة.

وذكر في (**المنتقى**): قال محمد: قاضٍ قبض ألف درهم لصبي في كيس وألفا أخرى لصبي آخر في كيس، فهلك أحد الكيسين لا يدري أيهما الباقي فالألف الباقية بينهما نصفين، فإذا كبرا كان لكل واحد منهما أن يدعي على صاحبه ما أنفق عليه ويحلفه رجلان أودعا رجلا ألف درهم فمات المودع وترك إثباتًا فادعى أحدهما أن الابن استهلكها بعد موت ابنه، وقال الآخر: لا أدري ما ضيعت؛ فلا شيء لمدعي الاستهلاك على الابن؛ لأنه أبرأ الأب منها حيث زعم أنه مات وتركها قائمة بعينها

فاستهلكها ابنه ولا يصدق على الابن فلا شيء له وأما الآخر فله خمسمائة درهم في مال الأب ولا يشركه فيها.

(باب المودع مع المودع إذا اختلفا)

مسائله على فصول:

أحدها: في الاختلاف في الرد والضياع.

والثاني: في جحود الوديعة.

والثالث: في الاختلاف في الإيداع وغيره.

والرابع: في الأمر بالدفع إلى غيره.

(فصل)

لو قال المودع: رددت الوديعة إليك، أو: ضاعت عندي، وأنكر المودع، وقال: لا بل أتلفتها؛ فالقول للمودع مع يمينه؛ لأنه منكر وجوب الضمان معنى؛ لأن صاحب المال يدعي عليه الضمان معنى؛ لأنه يقول: الوديعة عندك جحدتها حتى ادعيت الرد أو أتلفتها فصرت ضامنا؛ والمودع ينكر ذلك فكان مدعيا صورة منكر معنى فالعبرة للمعنى.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المودع أيضًا؛ لأن بينة المالك قامت على نفي الرد ولا علم للشاهد بنفي الرد إلا من حيث استصحاب الحال فلم يقبل كما لو أقام منكر الدين بينة على أنه لا دين عليه لا يقبل لأنها قامت على النفي فالبينة على النفي لا تقبل؛ لأنه لا علم للشاهد بنفي الدين إلا من حيث استصحاب الحال فكذا هذا.

ولو قال المودع: أودعتها رجلًا أجنبيًّا ثم ردها عليَّ فضاعت؛ لم يصدق إلا ببينة؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة.

(فصل)

ولو جحد الوديعة فأقام المودع البينة على الوديعة وأقام المودع بينة أنها ضاعت

ضمن؛ لأنه بالجحود كما تثبت الوديعة بالبينة صار المودع بالجحود ضامنا لها؛ لأنه أمسكها لنفسه فصار غاصبا والشهود شهدوا بالهلاك مطلقًا فيحتمل أن يكون الهلاك قبل الجحود فلا ضمان عليه ويحتمل أن يكون بعده فعليه ضمان؛ لأن هلاك المضمون يوجب تأكيد الضمان لا سقوطه فقد وقع الشك في سقوط الضمان بعد وجوبه فلا يسقط بالشك.

ولو أقام البينة على الهلاك قبل الجحود يقبل ولم يضمن مذكورًا في الأصل؛ لأن بالجحود لم يصر مناقضا ومكذبا نفسه؛ لأنه لم ينكر بالإيداع أصلا بل أنكر كون الوديعة عنده، فإنه قال ليس عندي وديعة وهو صادق في ذلك؛ لأن الوديعة بعد الهلاك لا تكون عنده كمن أنكر الدين ثم أقام المدعي البينة عليه ثم أقام المدعى عليه البينة أنه أوفاه أو أبرأه تقبل بينته ولا يكون مناقضا في إنكار الدين؛ لأنه لا يكون عليه دين متى أوفاه حتى لو أنكر الإيداع أصلا بأن قال: لم يودعني؛ ثم قال: أودعني ولكنها هلكت؛ لا تقبل بينته على الهلاك قبل الجحود ويضمن؛ لأنه يصير مناقضا في الدعوى والمناقضة تمنع صحة الدعوى، وكذلك لو قال المستودع: أعطيتكها، ثم قال: لم أعطكها ولكنها ضاعت؛ لا يصدق لأنه لما قال: أعطيتكها؛ فقد جحدها فصار ضامنا ثم أقر بها وادعى هلاكها وهلاك المضمون يؤكد الضمان ولا يسقطه.

(فصل)

ولو قال: استودعتني ألفًا فضاعت، وقال المالك: أخذتها غصبًا؛ ضمن؛ لأنه أقر بأخذ مال الغير وأنه موجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يقبل إلا بحجة، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك؛ وأنكر صاحب المال وفي المسألة الأولى أقر بالإيداع والإقرار بالإيداع لا يكون إقرارا بالأخذ لا محالة؛ لأنه يتم الإيداع بدون الأخذ بأن يضع المال بين يديه ويقول له: احفظ؛ فلم يصر مقرا بفعل موجب للضمان وهو الأخذ والمالك يدعي عليه أخذ ماله وهو ينكر فيكون القول له أودعه ألف درهم وأقرضه ألفًا فأعطاه المودع القائم، ثم اختلفا فقال المودع: هذا قرضك وقد ضاعت الوديعة؛ صدق مع يمينه؛ لأن الإعطاء قرضا كان أو وديعة إنما يستفاد من

جهته فيكون القول له، ولأن الألف المردودة استغنت عن حكمها لأنها إن كانت وديعة فقد صارت مردودة وإن كانت قرضا فقد صارت موصولة إلى صاحبها، وإنما الخلاف وقع في الألف الهالكة فالمستودع يقول: أخذتها وديعة؛ والمالك يقول: أخذتها قرضًا، فالقول قول المستودع لأنهما تصادقا أن الأخذ كان بإذن والأخذ بإذن المالك لا يكون موجبا للضمان إلا بالشرط وهو أن يكون قرضا فالمالك ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض فيكون القول للمنكر.

رجل في يديه أمة أو ألف درهم فقال رجلان كل واحد منهما له: أودعتك هذه؛ فقال المودع: لا أدري لأيكما هذه؛ وأبى أن يحلف لهما فالألف أو الأمة بينهما نصفان وعليه قيمة أمة أو ألف أخرى بينهما.

وقال ابن أبي ليلى: لا يضمن لهما شيئًا؛ لأن كل واحد منهما يدعي كمال الألف لنفسه وقد أوجب ذلك على نفسه بنكوله؛ لأنه إنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده وتفريعاتها تأتي في كتاب الاستحلاف.

(فصل)

مستودع قال للمالك: أمرتني أن أدفع الوديعة إلى فلان، وكذبه المالك ضمن إلا ببينة أو باليمين خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الدفع إلى الأجنبي؛ لأن الدفع ثبت بتصادقهما فبالإذن لم يثبت لتجاحدهما فبقي الدفع متعريا عن الأول فانعقد موجبا للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يصدق إلا بحجة كما لو أقر بالبيع ثم ادعى سقوط الثمن.

ولو قال المالك: ادفع الوديعة إلى فلان؛ فقال: دفعت؛ وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المستودع مع يمينه ولا يضمن فلان أيضًا؛ لأن المالك لما أمره بالدفع إلى فلان صار المدفوع إليه وكيلًا من جهته بالقبض فصار دعوى المودع الرد على وكيله كدعواه الرد على المالك وفي دعوى الرد على المالك القول قوله فكذا في حق وكيله والدفع بقوله يثبت في حق رأيه عن الضمان ولم يثبت في حق المدفوع إليه؛ لأنه إقرار على الغير.

ولو قال: بعثت بها مع رسولي أو أحد من عيالي؛ فالقول له مع يمينه؛ لأن له

حفظ الوديعة بيده ولا كذلك الرد على أيديهم.

مستودع قال: جاء رسولك فدفعتها إليه، وكذبه المالك ضمنها؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو كون المدفوع إليه رسولا فلا يصدق إلا ببينة كما بينا وهل يرجع بما ضمن على الرسول فهو على أربعة أوجه إن صدقه في كونه رسولا ولم يشترط عليه الرجوع لم يرجع؛ لأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الرسول؛ لأن في زعمه أن المدفوع إليه قبض الوديعة بحق ولا ضمان علي وعليه إلا أن المودع ظلمني حيث جحد الرسالة وضمنني والمظلوم لا يظلم غيره، وإن كذبه ودفع إليه يرجع على الرسول بخلاف الغاصب إذا دفع المغصوب إلى غيره ليدفع إلى مالكه فهلك ثم ضمن، فإنه لا يرجع على المدفوع إليه، والفرق أن المودع يملك الوديعة بالضمان بعد قبض المودع إليه؛ لأن قبل قبضه لم يوجد سبب ضمان فلم ينقلب قبضه قبض أمانة على نفي قبضا بغير إذن المالك فصار غاصب الغاصب والغاصب يرجع بما ضمن على غاصب الغاصب، وثمة الغاصب يملك المضمون من وقت الغصب والدفع حصل بعده فيظهر أنه كان دافعا ملك نفسه فانقلب قبض المدفوع إليه قبض أمانة؛ لأنه قبض برضاه، وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب والرسالة لم تكن ثابتة فلم تثبت بالاحتمال فبقي عدم الإذن والرسالة على ما كان؛ لأن إبقاء ما كان باستصحاب الحال أولى من إثبات ما لم يكن ثابتا بالاحتمال؛ لأن الإبقاء أنهل من الإثبات فبقي قبضه بغير إذن فصار غاصب الغاصب وكذا إن صدقه وشرط عليه الرجوع؛ لأنه شرط عليه ضمان الدرك بما يلحقه يقتضيه؛ لأن المودع يقول للرسول: أخاف أن يجحد المالك رسالتك ويضمنني بغير حق فيصير ذلك الضمان دينا لي عليك لأنك تقتضي مني بغير حق فادفع الوديعة إليك بشرط أن يكفل بما يستحب لي عليه من الدين متى ضمنني بسبب قبضك فيكون هذا كفالة بدين مستحب وذلك جائز وهذه المسألة تسمى مسألة المرابعة؛ لأن لها فصولا أربعة في ثلاث منها ترجع وفي واحد لا ترجع. ٧٥

أودعه ألفًا فجحدها ولم يقم لها بينة فأودعه المستودع ألفًا فله أن يأخذها بوديعته. وإن كان من خلاف جنسها لا يحل؛ لأن بالجحود صارت الوديعة دينا على المودع وصاحب الدين متى ظفر بحبس حقه كان له الأخذ خلافًا لابن أبي ليلى لأنا لو لم نطلق له الأخذ عسى يفوت أصل حقه ومتى أطلقنا له الأخذ يفوت على المديون خياره، فإنه بالخيار إن شاء قضى من هذا المال، وإن شاء قضى من غيره فكان ذلك إبطال الخيار أهون من إبطال أصل المال مع أن استيفاء حقه تخليص رقبته وتبريد جلدته على النار وأنه يقع له وليس يصار له فيصح بدون التراضي وأصله قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: "**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك بالمعروف**".

فأما أخذ خلاف جنس حقه لا يكون استيفاء لعين حقه بل يكون مبادلة والمبادلة لا تصح إلا بالتراضي، وإنما يكون له الأخذ؛ لأنه إنما يكون الأخذ بطريق المقاصة فيصير المأخوذ قصاصًا بما عليه وشرط المقاصة المساواة بين الحقين.

فأما إذا أخذ عين الدين من مال المديون ودفعه إلى الدائن بغير إذنه قيل: لا يضمن ويصير قصاصًا؛ لأن قضاء الدين إيفاء لعين الحق، ولهذا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه بغير رضاء المديون فكان الأخذ والدافع كالمعين له على إيفاء حقه فيطلق له ذلك.

وقال عامة مشايخنا: يضمن، وعليه نص محمد رحمه الله في كتاب الوديعة قال: لو أودع رجلا فغاب ثم جاء يطلب الوديعة، فقال المودع: أنفقتها على أهلك بأمرك ضمن المودع وهذا يدل على أن المودع إذا قضى دين رب الوديعة من الوديعة بغير أمره يضمن وذلك؛ لأن قضاء الدين إيفاء الدين لعين الحق من وجد حكما مبادلة حقيقة؛ لأن حقه في الدين لا في العين فيكون المأخوذ بدلا عن دينه الواجب في الذمة فباعتبار الإيفاء يحل هذا الدفع وباعتبار المبادلة لا يحل والحرمة أصل في دفع مال الغير إلى الغير فلا تزول الحرمة بالشك فيبقى الدفع حراما فيبقى سببًا موجبا للضمان بخلاف صاحب الحق؛ لأنه لو لم يطلق الأخذ يفوت حقه أصلا فيحتاج إلى الأخذ صيانة لحقه ومتى لم يطلق لغيره الأخذ لا يؤدي إلى إبطال يقع الأخذ في حق غيره حراما، ولو حلف صاحب الوديعة الأولى بالله ما استودعتني

حيث؛ لان بالأخذ وإن وقعت المقاصة بين الديتين إلا أن بالمقاصة لا تتبين أن الإيداع لم يكن فيكون كاذبا في إنكاره إلا أن يستثني في نفسه ما أودعتني الألف درهم فيبرأ؛ لأن الاستثناء يمنع دخول المستثنى يجب المستثنى فيه، وإذا أخفى بالاستثناء وأسمع نفسه دون غيره يصح، وإن لم يسمع نفسه اختلفوا فيه كما في القراءة في الصلاة وإن حلف ليس لك في يدي شيء يجب رده أيضًا؛ لأنه بالأخذ وقعت المقاصة فلم يجب عليه رد شيء.

(النوادر): المودع إذا قال لرب الوديعة: قد رددت بعض الوديعة ومات، فالقول لرب الوديعة فما أخذ مع يمينه؛ لأن الوديعة صارت دينا ظاهرا إلا قدر ما رد إلى رب الوديعة فيكون القول له في مقدار المأخوذ.

رجل أودع رجلا خمسمائة فأنفق منها ثلاثمائة ورد عليه مائتين ثم حلف أنه لم يحبس من الوديعة شيئًا لا يحنث؛ لأن ما أنفق صار دينا عليه فلا يكون حابسا للوديعة.

رجل دفع إلى رجل مالًا لينثره على العروس، فإن كان المدفوع دراهم ليس له أن يحبس لنفسه شيئًا؛ لأنه مأمور بالنثر والحبس ضده وليس له أن يدفع إلى غيره لينثر؛ لأنه مأمور بنثره، ولو نثره بنفسه فليس له أن يلتقط منه، وإن كان سكرا له أن يلتقط وأن يدفع إلى غيره؛ لأن نثر السكر على السهولة لا على الاستقصاء وهل له أن يحبس لنفسه شيئًا يجب أن لا يكون له ذلك.

كتاب العارية

تحتاج إلى معرفة: شرعية العارية، وتفسيرها، وشرط جوازها، وأنواعها، وحكمها.

أما شرعيتها: فإنها عقد مشروع مندوب إليه لما روي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار درعا من صفوان**"، ولأنه تبرُّع وإحسان بتمليك المنفعة والإحسان مندوب إليه.

وأما تفسيرها لغة: فلأنه يحتمل أنها مأخوذة من التعاور عن العوض لأنها تمليك المنفعة بغير عوض فلعرائها عن العوض سماها الشرع إعارة وعارية ويحتمل أنها مأخوذة من التعاور وهو التناوب لأنها تمليك المنفعة في ثوبه على وجه يعود إليه في ثوبه إذا طلب المالك منه رد المستعار.

وأما تفسيرها شرعًا: فالإعارة تمليك المنفعة وتمليك المستعير أن يعير من غيره.

وقال الشافعي: هي إباحة الانتفاع حتى لا يملك أن يعير من غيره.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع نوع مال قابل للتمليك كما تبين في الإجارات والتمليك بغير بدل مشروع كالتمليك ببدل؛ لأنه تعلق بكل واحد من التمليكين غرض صحيح لا يتعلق بالآخر، فالشرع شرع كلي النوعين لتحصيل الغرض المتعلق بهما تحقيقا لمصالح العباد ودفعا لحوائجهم كما في الأعيان، فإنه شرع فيها تمليك ببدل وبغير بدل فكذا في المنافع فوجب أن يكون لتمليك المنفعة بغير عوض لفظ خاص ليباشر العبد تملكه بغير عوض بذلك اللفظ كتمليك العين بغير عوض وهو الهبة وليس ذلك إلا الإعارة ولهذا تصح الإعارة بلفظ التمليك.

وكذا لو أضاف العارية إلى الدراهم والمكيل والموزون كانت تمليكا، ولو لم تكن الإعارة تمليكا في محلها لما أفادت ملكا في غير محلها؛ لأن الغلة في محلها أعمل منها في غير محلها، وإنما تصح الإعارة بلفظ الإباحة؛ لأن لفظة الإباحة كناية عن لفظة التمليك حتى تنعقد الإجارة بلفظ الإباحة فكذا الإعارة، وإنما لا يملك

المستعير أن يؤاجر من غيره؛ لأن الإجارة عقد لازم فتصير العارية لازمة ضرورة لزوم الإجارة والعارية ما شرعت لازمة فلا يملك بما هو لازم؛ لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع.

ولو أجر صار ضامنا؛ لأن الإجارة غير داخلة تحت الإعارة فصار مسلما مال الغير بغير إذنه فصار غاصبا وهل للمستعير أن يودع قيل: لا يودع؛ لأنه لم يثبت له قصد وقيل: يودع وهو المختار، وإليه أشار محمد في آخر كتاب العارية، فإنه قال: المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنه ملكه فهو خصم.

وإن قال ذو اليد قد أودعتها الذي أعرتها منه، فليس بخصم، وهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وذلك؛ لأن الإيداع دون الإعارة وله أن يعير من غيره وفيها الحفظ والانتفاع فَلَأن يكون له الإيداع وفيه الحفظ لا غير أولى.

وأما شرط جوازه: فكون المستعار قابلا للانتفاع وخلو الإعارة عن شرط العوض حتى لو شرط العوض في الإعارة تصير إجارة؛ لأنها صارت تمليكا للمنفعة بعوض وهو تفسير الإجارة.

وأما أنواعها: فالإعارة نوعان: إعارة بطريق الحقيقة كإعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع قيامها كالثياب والعبيد والدواب والعقار ونحوها ونوع بطريق المجاز كإعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بهلاكه كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فيكون إعارة صوره قرضا معنى؛ لأنه لما رضي بالانتفاع ولا يمكنه الانتفاع به إلا باستهلاكه فقد رضي باستهلاكه فكان تمليكا ببدل وهو تفسير القرض.

فأما حكمها: فالعارية أمانة عندنا، وعند الشافعي مضمونة.

والصحيح قولنا؛ لأن ضمان العين لا بجهة التمليك لا يجب إلا بالتعدي؛ لأن أحد الضمان منه تفويت ماله عليه بإعجازه عن الانتفاع به والتفويت لا يشرع إلا بعد سابقة التفويت منه ولم يوجد منه التعدي والتفويت بخلاف المقبوض على سوم الشرى؛ لأنه قبض بجهة التمليك والقبض بجهة التمليك مضمون كما بينا في البيوع، ولو شرط الضمان في العارية هل تصح العارية قيل: لا تصح.

وذكر ابن رستم في "نوادره": رجل قال لآخر: أعرني ثوبك وأنا ضامن له؛ لا يضمن والشرط لغو، وكذا لو رهن فقال المرتهن للراهن: أخذه رهنا على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء جاز الرهن والشرط باطل، فإن ضاع ضاع بالمال.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو دفع إلى رجل زجاجة ليقطعها بأجر، وقال له: ضمانه عليك إن كسرتها؛ فكسرها ينظر إن كان مثلها ربما يسلم ضمنه، وإن كان لا يسلم لم يضمنه، وكذا لو استأجر دابة فقال صاحبها: لا تؤاجرها؛ فله أن يؤاجرها.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لو أعار رجل شيئًا، وقال له: لا تدفع إلى غيرك؛ فدفع فهلك عنده ضمن؛ لأنه دفع بغير إذنه وللمعير الرجوع في العارية متى شاء؛ لأن العارية تبرع بتمليك المنفعة والتبرع بالعين لا يكون لازما قبل القبض فالتبرع بالمنفعة قبل القبض أولى وما لم يستوف من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض والتبرع قبل القبض لا يكون لازما فله أن يرجع.

(باب التأقيت والإطلاق في العارية)

العارية على أربعة أوجه: إما أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع جميعًا، أو تكون مفيدة فيهما جميعًا، أو تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع، أو على عكسه.

أما إذا كانت مطلقة فيهما بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين الوقت ولا من يستعمله فله أن ينتفع أي منفعة شاء في أي وقت شاء وله أن يركب ويلبس غيره عملا بإطلاق العقد لأن جهة الانتفاع لم يكن منفعته في العقد والمنفعة، فإذا عين غيره للبس أو الركوب فقد عين جهة الانتفاع وعين المنفعة أيضًا فملك ذلك باعتبار التعيين لا على أنه تمليك؛ لأن المستعير للركوب واللبس لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس فيه حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن، وإنما صحت الإعارة المطلقة؛ لأن الإعارة تصح مع جهالة المدة؛ لأن جهالة المدة في الانتفاع لا تقضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم لأنها غير لازمة.

وأما إذا كانت مقيدة فيهما بأن استعار شيئًا يوما وبين أنه يستعمله بنفسه فهو على وجهين إن كان الناس مما يتفاوت في استعماله كالركوب واللبس فليس له أن يركب ويلبس غيره؛ لأن المالك رضي بلبسه وركوبه حيث شرط عليه دون غيره فصار إركاب الناس غيره بغير إذن المالك فصار غاصبا وله أن يعير غيره للحمل؛ لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل وللمستعير أن يعير ماء لا تتفاوت الناس فيه، وإن كان لا يتفاوت كسكنى الدار واستخدام العبد فله أن يعير غيره؛ لأنه إذا لم يقع التفاوت فيه لم يظهر فائدة التقييد باستبقائه وما لا فائدة فيه يلغو.

وأما إذا كانت مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء في اليوم لأنها مطلقة في الحمل مقيدة في الوقت فالمطلق يجري على إطلاقه والمقيد على تقييده، فإن أمسكها بعد الوقت ضمن، قيل: هذا إذا انتفع بها في اليوم الثاني؛ لأنه إذا انتفع بها ما لم يدخل تحت العارية فضمن، فأما بمجرد الإمساك بدون الانتفاع لا يضمن؛ لأنه أمانة في يده كالمودع إذا أمسك بعد مضي الوقت، وإن لم ينتفع بها؛ لأنه أمسك مال غيره لنفسه بغير إذن صاحبه؛ لأن الإذن مؤقت وقد أمسك لنفسه؛ لأنه إنما يمكن من إمساكها بالقبض الأول وبالقبض الأول كان ممسكا لنفسه بخلاف المودع؛ لأنه يمسكها للمالك؛ لأن القبض السابق كان للمالك وإنما يمكن من إمساكها بالقبض السابق.

وأما إذا كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء مراعاة للقيد فيما قيد ومراعاة للإطلاق فيما أطلق.

(باب ما يضمن المستعير وما لا يضمن)

(المبسوط): استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها غير الحنطة مثل كيلها ينظر إن كان مثلها في النقل أو أخف كالشعير والأرز ونحوه لا يضمن استحسانًا؛ لأن الشعير إذا كان مثل وزن الحنطة فهو في حق الضرر بالدابة كالحنطة بل الشعير أقل ضررا؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل أكثر مما تأخذه الحنطة فيصير داخلا تحت

الإذن دلالة وفائدة التقييد نفي الضرر وتحمل زيادة، فإذا كان المحمول مثل المسمى في الحمل خفة وقدرا لم يكن خلافًا معنى، فلم يكن التقييد مقيدًا في حق هذا وصار كمن استعار دابة ليحمل عليها طعام نفسه فحمل عليها طعاما لغيره لم يضمن فكذا هذا.

وإن كان أثقل منه أو حمله أضر بالدابة بأن حمل حجرا أو أجزاء أو استعارها ليحمل عليها قطنا فحمل مثله حديدا ضمن؛ لأن حمل هذه الأشياء أضر بالدابة من حمل الحنطة؛ لأن الحديد والأجر والحجر أصلب وأحسن من الحنطة فيكون أدق للدابة من الحنطة، ولأن ثقل الحديد والحجر في موضع واحد من الدابة ونقل الحنطة والقطن يتفرق على جميع ظهرها وما يكون نقله في موضع واحد أدق بالدابة مما يكون نقله على جميع ظهرها وكذا إن استعار دابة ليركب فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها، وقد تأتي مع تفريعها في الإجارات أعارها ليحمل عشرة مخاتم فحمل أحد عشر مخاتيم ضمن جزءًا من أحد عشر من قيمتها.

ولو أعارها ليطحن بها عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر فعطبت يضمن جميع قيمتها والفرق أن في الطحن التلف حصل من المختوم الحادي عشر لأنها فرغت من طحن عشرة ولم يتصل بها التلف ولا بقي له أثر بالدابة وقد اتصل التلف بالحادي عشر فيكون التلف مضافا إليه لا غير وهو بغير إذن صاحبها فضمن جميع قيمتها وكان طحن عشرة قبل الحادي عشر بمنزلة جرح اتصل به الرد والحادي عشر بمنزلة جرح آخر بعد البرء واتصل به التلف يكون التلف مضافا إلى الجرح الأخير فكذا هذا.

فأما في الحمل التلف مضافا إلى حمل الكل؛ لأن حمل الكل وحد حمله والتلف يحصل عقيب الكل بمنزلة ما لو جرح دابة إنسان بإذنه ثم جرحه آخر بغير إذنه قبل برء الأول يضاف التلف إليهما وهكذا هذا.

استعار دابة إلى مكان معلوم وإليه طريقان مسلوكان فهو مخير، فإن كان أحدهما غير مسلوك لا يسلك إلا المسلوك، وإذا ذهب بها في طريق غير مسلوك يصير ضامنا؛ لأنه لما استعارها للذهاب إلى المكان المسمى ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بسلوك الطريق دخل تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف والعادة لا غير المسلوك.

استعار قوسا أو سيفا ليقاتل فانكسر في القتال لا يضمن؛ لأنه استعمله بإذن المالك ترك من دابة العارية ودخل مسجدًا في البلدة يضمن، وفي الصحراء ترك ليصلي لا يضمن؛ لأنه لما دخل المسجد فقد ضيعها؛ لأنه ترك حفظها لما غيَّبها عن عينه والأمين يضمن بترك الحفظ والتضييع كالمودع وفي الصحراء لم يترك حفظها لما أمسكها، ألا ترى لو سرقها رجل يقطع؛ لأنه سرق مالًا له حافظ وفي الصورة الأولى لا يقطع بالسرقة فعلى هذا المودع لو وضع الوديعة بين يديه فنام فضاع لا ضمان عليه؛ لأنه لم يترك حفظها، ألا ترى لو سرق إنسان يقطع؛ لأن له حافظ.

وذكر أبو الليث في (نوازله): لو استعار دابة فنام المستعير في المفازة ومقودها في يده فجاء إنسان وقطع المقود وذهب بالدابة لا يضمن؛ لأنه غير مضيع، ولو مد المقود من يده وأخذ بالدابة ولم يشعر بذلك يضمن؛ لأنه صار مضيعا متى نام نصفه أمكن لغيره مد المقود من يده وهذا يجب أن يكون تأويله إذا نام مضطجعا، أما إذا نام جالسا فلا؛ لأنه لا يعد مضيعا بل يعد حافظا، فإنه نص محمد أن المودع إذا نام جالسا فسرقت الوديعة يضمن فالمودع والمستعير سواء في هذا استعارها إلى موضع تركها إلى الفرات لسقيها وجهة الموضع غير جهة الفرات ضمن؛ لأنه إلى ناحية لم يؤذن له في الإخراج إليها فضمن كما لو أخرجها إلى السقي ويمكنه السقي بالإخراج إلى ناحية المأذون فيها فيكون متعديا لا محتسبًا ومصلحا للدابة بإخراجها إلى ناحية أخرى للسقي.

أرسل رسوله يستعير دابة إلى الحيرة فاستعارها إلى المدينة فركبها إليها لا يضمن؛ لأن العبرة لإذن المعير وإذنه كان إلى المدينة والركوب إليها حصل بإذن المالك فلا يضمن.

وإن ركبها إلى الحيرة يضمن؛ لأن المعير لم يأذن له بالركوب إلى الحيرة ولا يرجع على الرسول؛ لأنه في القبض والانتفاع بها كان عاملا لنفسه فلا يرجع بما ضمن على غيره كالموهوب له، هلكت العارية في يد المستعير ثم استحقت له أن يضمن أيهما شاء؛ لأن المعير ملكه بالضمان من وقت الغصب فصار معيرا ملك نفسه كما في الوديعة.

أما المستعير فلأنه قبض لنفسه؛ لأن منفعة قبضه خلصت له وفي الإجارة يرجع

المستأجر على الآجر ولا يرجع الآجر عليه؛ لأن منفعة قبض المستأجر راجعة إليهما للمستأجر بالانتفاع وللآجر من حيث تحصيل الأجر له إلا أن منفعة الآجر أكبر؛ لأنه يحصل له عينا ولنفسه منفعة والعين فوق المنفعة فاعتبر عاملا له كما بينا.

محجور استعار من مثله دابة فهلكت تحته ثم استحقت وضمن المستعير ليس لمولاه أن يرجع على الأول؛ لأنه في القبض عامل لنفسه كما في الحر.

وإن ضمن المعير يرجع مولاه في رقبة الراكب وكذلك إن كانت الدابة لمولى المعير له أن يضمن الراكب؛ لأن المولى ملك الدابة بالضمان فصار العبد الأول معيرا ملك مولاه بغير إذنه فوجب ضمانها على المستعير.

(**النوادر**): رجل استعار قلادة ذهب فقلد صبيا فسرق، فإن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن؛ لأنه لم يضيع، وإلا يضمن؛ لأنه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه.

امرأة أعارت شيئًا بغير إذن الزوج، فإن كان شيئًا من متاع البيت مما يكون في أيديهن عادة فضاع لم يضمن؛ لأنه إعارة بإذن الزوج دلالة، وإن كان من غيره يضمن، ولو استعار رقعة ليجعلها على قميصه أو خشبة يدخلها في بناية فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية لكنه قرض، هذا إذا لم يقل: لأردها عليك، فأما إذا قال: لأردها عليك؛ فهو عارية؛ لأن القرض عينه لا يكون واجب الرد فصار إعارة.

رجل دخل الحمام واستعمل قِصَاع الحمام فانكسرت لا يضمن وكذا إذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر؛ لأنه عارية في يده.

وكذا لو دخل منزل رجل بإذنه وأخذ إناء من بيته بغير إذنه لينظر إليه فوقع من يده وانكسر لا يضمن؛ لأنه مأذون فيه دلالة؛ لأن الإذن بالدخول دلالة الإذن بذلك، ألا ترى أنه لو تناول كوزه فشرب منه فسقط من يده فانكسر لا يضمن كذا هذا بخلاف ما لو أتى سوقيا يبيع إناء وأخذه بغير إذنه لينظر إليه فسقط من يده فانكسر ضمن؛ لأنه غير مأذون دلالة لانعدام دلالة الإذن.

رجل طلب من رجل ثوبا عارية فقال له المعير: أعطيك غدا؛ فجاء المستعير في الغد وأخذه بغير إذن صاحبه وتلف في يده ضمن؛ لأنه أخذه بغير إذنه، ولو استعار من رجل بقرًا فاستعمله في بركة من المرج فضاع ينظر إن علم أن المعير يرضى بكونه في المرعى يرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق لا يضمن؛ لأنه

تركه في المرج بإذنه، وإن لم يعلم ذلك منه بأن كانت العادة مشتركة ضمن؛ لأنه تركه بغير إذنه.

(باب ردّ العارية)

مات المعير أو المستعير تُردُّ العارية؛ لأنها أمانة والأمانة مردودة مؤداة، ولو رد العارية إلى أحد من عيال المعير فضاعت لا يضمن؛ لأن له الحفظ بيد هؤلاء فكذا له الرد إليهم؛ لأن الرد من تمام الحفظ.

وكذا لو ردها إلى عند صاحبها وهو يقوم عليها أم لا، وكذلك لو لم يدفعها إلى عبده لكن ردها إلى اصطبله ومربطه أو إلى منزله يضمن قياسًا؛ لأنه لم يردها على المالك ولا على وكيله، وإنما وضعها في ملكه فيجب أن يضمن كما لو وضعه في أرضه، وكالغاصب إذا رد المغصوب إلى منزله لا يبرئ عن الضمان فكذا هذا ولا يضمن استحسانًا؛ لأن الرد حصل إلى يد المالك معنى واعتبارا؛ لأن المربط والمنزل والعبد الذي لا يقوم عليه في يده حكما واعتبارا كما في المربط ويد العبد يكون في يده حكما؛ لأن المربط صالح للحفظ للدواب ويد العبد كذلك، فإن المالك يحفظ دابته فيها، ولأن العادة جرت برد الدابة المستعارة إلى الاصطبل وبرد الجيران الأمتعة المستعارة إلى دور ملاكها من غير تسليمها إليهم.

وذكر في (المنتقى): لو كانت العارية شيئًا نفيسا كالجواهر فردها إلى هؤلاء يضمن؛ لأنه لم تجر العادة بطرحها في الدار ولا يدفعها إلى غلمانه وكذلك المستأجر فأما المودع لو رد الوديعة إلى منزل المالك أو إلى أحد من عياله قالوا يجب أن لا يضمن؛ لأن الوديعة أمانة كالعارية.

وذكر الحاكم في (المنتقى) والكرخي في (مختصره): أنه يضمن؛ لأن المالك لم يرض بيدهم حيث أودع عند غيرهم والقياس في العارية والإجارة كذلك ولكن ترك القياس ثمة للعادة وهذه العادة معدومة في الودائع هذا كله في ضمان العين، فأما ضمان الرد، ولو رد المستعير الدابة المستعارة إلى عبد لا يقوم عليها هل يبرئ عن الضمان لم يذكره محمد في الكتاب قال مشايخنا أن لا يتعدى؛ لأن ضمان الرد واجب

على المستعير بمنزلة ضمان العين على الغاصب ثم الغاصب إذا رد المغصوب على عبد لا يقوم عليه لا يبرئ؛ لأنه لم يرد على المالك ولا على وكيله فكذا المستعير.

وأما الغاصب إذا رد المغصوب على عبد يقوم عليه قال مشايخنا: على قياس العارية يجب أن يبرئ عن ضمان العين؛ لأن ضمان الرد هنا بمنزلة ضمان العين ثمة والعبد وكيل عن الغير في القبض دلالة؛ لأنه لما أمره بالحفظ وبالقيام عليه ولا يمكنه ذلك إلا بالقبض من المستعير والغاصب صار وكيلًا بالقبض من جهة المالك دلالة.

ولو رد المغصوب إلى منزل المالك لا يبرأ عن الضمان؛ لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالرد إلى المالك أو إلى نائبه حقيقة وهنا وجد الرد حكما لا حقيقة فوقع الشك في الرد فلا يسقط الضمان بالشك بخلاف العارية؛ لأن ثمة الضمان غير واجب فلو وجب إنما يجب بترك حفظ العين وقد ترك حفظه من وجه دون وجه فلا يجب بالشك، وإذا اختلف المعير والمستعير في الوقت والمكان أو فيما يحمل عليه فالقول للمعير مع يمينه؛ لأن الإذن يستفاد من المعير فيرجع في بيانه إليه فيثبت الإذن بقدر ما أقرَّ به المعير وفيما زاد صار المستعير مستعملا فيما لم يؤذن له فيه فيضمن.

ولو قال المستعير: أعرتني، وقال: لا بل غصبتني، لا يضمن إن كان لم يتركها؛ لأنه لم يقر بسبب الضمان وهو استعمالها وإن ركبها ضمن؛ لأنه وجد منه سبب ضمان وهو استعمالها ثم ادعى ما يبرئه وهو الإعارة فلا يقبل إلا بحجة.

(المنتقى): لو اشترى المودع بدراهم الوديعة متاعا ثم استردها بشراء أو هبة فردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن؛ لأنه قد ردها إلى موضعها وأعاد فكان الأخذ على مالكها فارتفع سبب الضمان فبرئ.

ولو أخذ ثوب رجل بغير أمره من بيته أو أخذ دابته من إربه ثم ردها إلى بيته فهلك لم يضمن استحسانًا.

رجلان يسكنان في بيت واحد كل واحد في زاوية فاستعار أحدهما من صاحبه شيئًا، وطالبه المعير بالرد فقال المستعير: وضعتها في الطاق الذي في زاويتك؛

وأنكر المعير، فإن كان البيت في أيديهما لا ضمان عليه؛ لأنه إن لم يثبت الرد لم يصر المستعير مضيعا بالوضع في الطاق. ولو طلب المعير رد العارية من المستعير فقال المستعير: نعم أردها؛ وفرط في الرد حتى سرقت منه ينظر إن كان عاجزا عن الرد وقت الطلب لا يضمن؛ لأنه لم يجب عليه الرد، وإن كان قادرًا عليه ضمن؛ لأنه وجب عليه الرد بالطلب، فإذا لم يرد ومنعها ضمن إلا إذا نص المعير على الرضا وقال: لا بأس به؛ فلا يضمن؛ لأنه أسقط وجوب الرد بعد الطلب فلم يصر غاصبا بالمنع.

وذكر في النوازل: لو استعار كتابًا ليقرأ فوجد في الكتاب خطأ ينظر إن كان يعلم أن صاحب الكتاب لا يكره إصلاحه أصلحه؛ لأنه مأذون فيه دلالة، وإن علم أنه يكره إصلاحه لا يصلحه؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فالظاهر أنه يكره إصلاحه فلا بأس به.

(باب ما يرجع المستعير في المستعار وهو مشغول بملك المستعير وما لا يرجع)

استعار أرضًا ليبني أو يغرس فيها مطلقًا أو مؤقتًا له أن يرجع متى شاء وينقص البناء ويقطع الشجر؛ لأن العارية غير لازمة ولا يضمن للمستعير فيه البناء والغراس.

وقال الشافعي وابن أبي ليلى: يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأن المعير لم يضمن سلامة البناء والأشجار ولم يوجد منه الغرور؛ لأن العارية تسترد والضرر إنما يلحق المستعير بمعنى من قبله متى بنى وغرس في ملك كان لغيره حق الاسترداد والرجوع.

وإن كانت العارية مؤقتة فرجع قبل مضي الوقت يضمن قيمة البناء والأشجار قائمة على الأرض غير مقلوعة منقوصة خلافًا لزفر.

له: أن ذكر الوقت لا يغير حكم العارية لأنها تصير لازمة بالوقت فكان له استردادها فيكون الضرر لاحقا بالمستعير من جهة المعير كما لو كانت العارية مطلقة.

لنا: أن المعير غره حيث وعد له وعدا في التبرع والإحسان به وبذكر الوعد

والوقت التزم السلامة فقد بنى المستعير فعله على وعد سابق جرى من المعير والظاهر من المستعير الوفاء بالوعد، فإذا لم يفِ بالوعد صار المستعير مغرورا من جهة المعير فيرجع عليه بما لحقه من الضرر والغرور من جهته كالمشتري إذا استحقت الأرض المبيعة يرجع على البائع بقيمة البناء والغرس بحكم الغرور هكذا هذا، وإن شاء المستعير قلع غرسه وبناه ولا يضمنه إذا لم يضر بالأرض، وإن كان يضر بالأرض لا يقلع إلا برضا صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا؛ لأنه يسلِّم الأرض إليه معمورة فلا يرد على المعير خبرته منقوصة فكان له أن يمنعه عن القلع نفيا للضرر عن نفسه ويملكه بالقيمة؛ لأنه صار محبوسا عنده ولا يضمن المعير بعد مضي الوقت شيئًا خلافًا للشافعي؛ لأنه متى وفى بالوعد لم يصر عاريا للمستعير.

ولو استعار أرضًا ليزرعها فزرع واستحصد له الرجوع، وإن لم يبلغ الحصاد لا يرجع ويبقى بأجرة الأرض؛ لأن المستعير غير متعد في الزراعة ولإدراك الزرع مدة معلومة فكان قطع حقه في المنافع إلى مدة معلومة بعوض أقل ضررا من تفويت حق الزارع في الزرع بلا عوض فتركنا الأرض في يده تأخيره دفعا لأكبر الضررين ومراعاة لكلا الحقين بخلاف البناء والأشجار؛ لأنه ليس لهما غاية معلومة قصده بقائهما ممتدَّة فكان ما يلحق المالك من الضرر يقطع حقه عن المنفعة على التأبيد، وإن قل بعوض يربي على ما يلحق المستعير من فوات حقه في الصنعة.

وذكر في (النوازل): لو بنى فيها حائطا من تراب صاحب الأرض ثم استرد المعير الأرض ليس للمستعير أن يرجع على المعير بما أنفق وليس له أن يهدم الحائط؛ لأنه لو هدم يصير مواتًا والتراب ملك صاحب الأرض.

استعار أرضا ليبني ويسكن، وإذا خرج فالبناء لرب الأرض فلرب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير؛ لأن هذه إجارة معنى؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ولما شرط البناء لنفسه فقد شرط عليه العوض بإزاء المنافع السابقة وكانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة؛ لأن البناء مجهول قد يصغر وقد يكبر والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل.

كتاب الجهاد

يحتاج إلى معرفة: فرضية الجهاد، وسبب فرضيته، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه، ومن يفترض عليه، ومن يجب عليه حال شهود الواقعة.

أما الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عائذها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

وأما السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله**"(١).

وقال عليه السلام: "**الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال**"(٢).

وأراد بقوله: "ماض" أي فرض واجب، قال الخليل: العِصابة بكسر العين وهي

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/ ٨٧ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى. و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧/ ٧٥، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧/ ٧٦ و٨/ ١٠٩، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

(٢) أورده النفراوي المالكي في الفواكه الدواني (١/ ٤٦٦).

قطعة وطائفة من الرجال، وكذلك العصابة من الطير والخيل، واختلفوا في قدره؛ قيل: أربعون، وقيل: عشرة(١).

وأما كيفية فرضيته: فهو فرض كفاية ويعني به إذا قام به البعض سقط عن الباقين؛ لأن المقصود من الجهاد والقتال هو دفع شر الكفرة وقمعهم وكسر شوكتهم وتشتيت شملهم وتفريق جمعهم وتوهين كلمتهم وإطفاء ثائرتهم وإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دين الإسلام والدعاء إلى دين الحق وذلك يحصل بالبعض، فإذا قام به البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة إلا أن يقع النفير عاما فحينئذ يفترض على كل من يقدر على القتال أن يقاتل بنفسه وبماله قال الله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [التوبة: ٤١]، ولأن الكفاية والمقصود لا يحصل وهو دفع شر الكفرة وإطفاء ثائرتهم فيفترض على الكل حتى يجب على العبد أن يخرج بغير إذن مولاه، وعلى المرأة القادرة على المقاتلة أن تخرج بغير إذن زوجها وعلى الولد بغير إذن أبويه وأحدهما إذا كان الآخر ميتًا.

وأما سبب فرضيته: هو المحاربة معنى لأنفس الكفر؛ لأن الكفر كبيرة تختص بالقلب ضرورة لا تتصل بالعباد فيقتضي جزاؤه مؤخرًا إلى دار الآخرة لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَبِعَكَ مِنْهُمْ فَإِنَّ جَهَنَّمَ جَزَآؤُكُمْ جَزَآءً مَّوْفُورًا ﴿٦٣﴾﴾ [الإسراء: ٦٣] إلا إذا عمل بموجب اعتقاده من المحاربة مع من يخالفه في الدين فيتعدى ضرر كفره إلى الحي المعصوم بفوات حياته فيجب المقاتلة والمحاربة معه لدفع ضرر كفره وشره يتعدى إلى العباد بفوات حياتهم، ولهذا ما شرعت الحدود والعقوبات في الدنيا إلا زواجر وروادع عن المعاصي دافعة لضرر يتصل بالعباد، ولهذا لا تقتل النسوان والذراري والزمنى والمقعد والأعمى لعدم المحاربة منهم إلا أن المحاربة متى تحققت لا يمكن دفعها فأقيم سبب المحاربة مقامها وهو البنية الصالحة للحراب إقامة السبب مقام المسبب.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢١٩/٣، وكشاف القناع ٣٢/٣، ٣٣، والمغني ٣٤٦/٨.

وأما تفسيره: فالجهاد هو الدعاء إلى دين الحق والقتال مع من امتنع وتمرد عن القبول إما بالنفس أو بالمال. وأما تفسير السير لغة فالسير جمع سيرة وهي طريقة الرجل في أموره ومنه سيرة الملوك لكن في عرف الشرع متى أطلق يراد به طريقة رسول الله صلى الله عليه وسلم في مغازيه على الخصوص، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**لكل نبي حرفة وحرفتي الجهاد، وإنما رزقي بجنب ظلال رمحي**".

وأما ركنه: فالمسير إليهم بقوة وشوكة وذلك يكون بالعدد والعدة؛ لأن القتال يقوم به وركن الشيء ما يقوم الشيء به.

وأما شرط إباحته: فشيئان:

أحدهما: امتناع العدو عن قبول ما دعي إليه من دين الحق وعدم الأمان والعهد بيننا وبينهم؛ لأن القتال ما شرع لعينه؛ لأنه إفساد وتخريب بيئة صالحة للنهوض بأعباء التكاليف، وإنما شرع ليلين رقابهم ويميل قلوبهم لقبول دين الحق وربما يحصل هذا المعنى بالدعوة وإبراز الحجة من غير قتال والقتال أشر من الدعوة وإبراز الحجة، فإنه مخاطرة بالروح الذي هو رأس مال الآدمي وبهما يحصل المقصود بأيسر الأمرين وأدونهما لا يصار إلى أشدهما أو باجتهاد من تعمد عليه في اجتهاده وآرائه، وإن كان لا يرجو القوة والشوكة للمسلمين في القتال، فإنه لا يحل له القتال لما فيه من إلقاء نفسه في التهلكة.

وأما حكمه: فسقوط الواجب عن ذمته في الدنيا ونيل المثوبة والسعادة في الآخرة كما في سائر العبادات.

وحكي أن محمد رحمه الله لما صنف السير الصغير وقع بيد الأوزاعي عالم أهل الشام فقال: لمن هذا الكتاب؟ فقيل: لمحمد العراقي، فقال: ما لأهل العراق والتصنيف في هذا الباب، فإنه لا علم لهم بالسير ومغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا من جانب الشام، فبلغ ذلك محمد فغاظه ففرغ نفسه حتى صنف السير الكبير فحكي أنه لما نظر فيه الأوزاعي فقال: لولا ما ضمنه من الأحاديث وإلا فقلت وضع العلم من نفسه وإن الله تعالى جعل جهة الصواب في رأيه واجتهاده صدق الله ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِى عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿٧٦﴾﴾، ثم أمر محمدًا أن يكتب هذا

الكتاب في ستين دفترا وأن يحمل على عجلة وبعث إلى باب الخليفة فقيل للخليفة: إن محمدا قد صنف كتابا في السير يحمل على العجلة إلى الباب، فأعجبه ذلك وعدّه من مفاخر أيامه، فلما نظر فيه ازداد إعجابه به ثم بعث أولاده إلى مجلس محمد يسمعون منه، وكان إسماعيل بن توبة القزويني مؤدب أولاد الخليفة فكان يحضر معهم يحفظهم فسمعوا الكتاب، فجمعت في هذا الكتاب بين مسائل (السير الصغير) و(السير الكبير) إكبارًا للفوائد وإكمالًا للفرائد تغمد الله مؤلفها محمد بغفرانه وأسكنه أعلى جنانه بفضله وإحسانه.

ثم مسائل هذا الكتاب تنقسم إلى خمسة أقسام:

قسم في صفة الجهاد وكيفية القتال وأحكامه.

وقسم في الأمان والموادعة والمصالحة.

وقسم في حكم الغنائم والأنفال وكيفية قسمتها.

وقسم في أحكام الأسر أو المستأمنين.

وقسم في أحكام المرتدين والخوارج والبغاة.

(القسم الأول في صفة الجهاد والقتال)

(باب صفة الجهاد والوصية للأمير)

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في فضيلة الجهاد والحث عليه.

والثاني: في الوصية [للأمير][1].

(فصل)

ذكر محمد بن الحسن رحمة الله عليه في (السير الكبير) بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**إن الله تعالى بعثني بالسيف بين يدي الساعة، وجعل**

(١) ما بين المعكوفتين في (س): للأمراء.

رزقي تحت ظل رمحي، وجعل الذل والصغار على من خالفني، ومن تشبه بقوم فهو منهم وصفته في التوراة: نبي الملحمة عيناه حمراوان من شدة القتال، وفي صفة هذه الأمة: أناجيلهم في صدورهم وسيوفهم [على][1] أعناقهم".

وعن سفيان بن عيينة رضي الله عنه بُعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بأربعة سيوف سيف لقتال المشركين باشر به القتال بنفسه، وسيف لقتال أهل الردة كما قال الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦] فقاتل به أبو بكر رضي الله عنه، وسيف لقتال أهل الكتاب والمجوس قال الله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] فقاتل به عمر رضي الله عنه، وسيف لقتال المارقين كما قال الله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ﴾ فقاتل به علي على ما رُوي عنه رضي الله عنه أنه قال أمرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين، وقوله: "**جعل رزقي تحت ظل رمحي**"؛ المراد به حل الغنائم لهذه الأمة وما كانت تحل لأحد قبل بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله: "**جعل الذل والصغار على من خالفني**"، أي ذل الشرك وقوله: "**من تشبه بقوم فهو منهم**" أي من تشبه بالمجاهدين في الخروج معهم والسعي في بعض حوائجهم وتكثير سوادهم وتمهيد أسنانهم فهو منهم في استحقاق الغنيمة في الدنيا ونيل الفوز والمثوبة في الآخرة وعن عمر رضي الله عنه قال: إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر وكرهتم الجهاد ذللتم حتى يطمع فيكم عدوكم. والعين جمع العينة وهو نوع بيع أحدثه البخلاء من أكلة الربا للتحرز عن محض الربا كما يأتي في كتاب الخيل وقوله: اتبعتم أذناب البقر؛ أي اشتغلتم بالزراعة وتركتم الجهاد أصلا ولا يترك الجهاد لجور الأمراء وحيف الولاة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال، ولا يصده جور جائر ولا عدل عادل**".

ذكر محمد في (السير الكبير) بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم أحد: "**إن الله تعالى جعل أرواح من استشهد من إخوانكم في أجواف**

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في.

طير خضر ترد أنهار الجنة تأكل من ثمارها ثم تـأوي إلى قناديـل معلقة في ظل العرش، فلما أصابوا طيب مأكلهم ومشربهم قالوا: ليت إخواننا يعلموا ما نحن فيـه فيجدُّون في الجهاد"، وفي ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ قُتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٦٩] وجاء في الحديث: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من استشهد في سبيل الله فبأول قطرة تقطر من دمه يغفر له جميع ذنوبه، وبالقطرة الثانية يكسى حلة الكرامة، وبالقطرة الثالثة يزوج الحور العين"، ثم هذه الدرجة للشهداء إذا كان قتل محتسبا صابرا مقبلا غير مدبر ويريد بالجهاد مرضات الله وإعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى ولا يريد عرض الدنيا وحطامها ونيل المنقبة ووجاهها.

(فصل)

(السير الصغير): افتتح محمد بن الحسن رحمه الله الكتابين بحديث رواه عن أبي حنيفة عن علقمة عن مربد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضي الله عنهم أنه قال: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث جيشًا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله تعالى أي أميرهم، فاغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا الأولاد، وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم إلى ثلاث خصال إلى الإسلام، فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أبوا فانبذوا إليهم أي أعلموا بالقتال، وإذا حاصرتم حصنا أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم، فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمكم، ثم اقضوا فيهم ما رأيتم، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله، ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله"(١) وإخفار الذمة نقضها، يقال: خفروا خفرا أي: نقض العهد وذم إذا عاهدتم.

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٣٩/٥ (٤٥٤٢ و٤٥٤٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن سفيان (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يحيى بن آدم، =

وهذا الحديث مشتمل على كثير من المواعظ والفوائد منها قوله صلى الله عليه وسلم إذا بعث جيشا أو سرية فيه دليل على أن الجيش غير السرية، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**خير الرفقاء أربعة، وخير الطلائع أربعون، وخير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثني عشر ألف عن قلة إذا كانت كلمتهم واحدة**"(١).

ثم الجيش مأخوذ من جاش يجيش جيشًا إذا علا فسمي الجيش جيشا لأن الأرض تغلي بهم لكثرتهم، والسرية اسم مأخوذ من سَري يَسري إذا

=

قال: حدثنا سفيان، قال: أملاه علينا إملاء (ح) وحدثني عبد الله بن هاشم، واللفظ له، قال: حدثني عبد الرحمن، يعني ابن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/١٤٠ (٤٥٤٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، قال: حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٥٤٥) قال: حدثنا محمد بن عبد الوهاب الفراء، عن الحسين بن الوليد، عن شعبة. و«ابن ماجه» (٢٨٥٨) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن يوسف الفريابي، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٢٦١٢) قال: حدثنا محمد بن سليمان الأنباري، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي (٢٦١٣) قال: حدثنا أبو صالح الأنطاكي، محبوب بن موسى، قال: أخبرنا أبو إسحاق الفزاري، عن سفيان. و«الترمذي» (١٤٠٨ و١٦١٧) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٦١٧م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو أحمد، عن سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٣٢) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يعلى بن عبيد، قال: حدثنا إدريس الأودي. وفي (٨٦٢٧) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا شعبة. وفي (٨٧١٢) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن محمد ابن سلام، قال: حدثنا إسحاق الأزرق، عن سفيان. وفي (٨٧٣١) قال: أخبرني أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن شعبة بن الحجاج. و«أبو يعلى» (١٤١٣) قال: قرئ على بشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة. و«ابن حبان» (٤٧٣٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان، وأملاه علينا إملاء.

خمستهم: (سفيان الثوري، ومعمر، وشعبة، وإدريس، وأبو حنيفة) عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة، فذكره.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٨٢٧) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا عبد الملك بن محمد الصنعاني، قال: حدثنا أبو سلمة العاملي، عن ابن شهاب، فذكره.

سار سيرا فكأنهم سموا بذلك لأنهم يسيرون ليلا دون النهار لكي لا يطلع عليهم أحد ومنها: أنه أوصى الأمير بتقوى الله تعالى، وهذا هو السبيل في كل من تقلد أمرًا من المصالح العامة أن يتقي الله تعالى ويخشى من عذابه ويرجو من فضله على حفظ حدوده وإقامة حقوقه وإقامة المعدلة ودفع المظلمة خصوصا الجهاد، فإنه أمر عظيم ومن يرصد لإقامة أمر عظيم لا يوفق لإقامته إلا إذا اتَّقى؛ لأنه متى لم يتَّقِ يصير مخذولًا لا ينصر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**إن أهون الناس عند الله تعالى وأبعدهم من الله وأعتاهم على الله رجل ولاه الله تعالى ولم يعدل**" والعتو والعتا هو الاستنكار ومجاوزة الحدود.

ومنها: قوله عليه السلام: "**اغزوا بسم الله**"؛ لأن افتتاح الأمور كلها يستحب بالتسمية تبركا فكيف الجهاد وإنه من أهم الأمور.

ومنها: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تغلوا**" نهى عن الغلول، والغلول أن يأخذ شيئًا من الغنيمة ليستبد به، ونهى عن الغدر وهو الخيانة وهذا إذا كان بعد الأمان، وأما قبل الأمان فلا بأس به؛ لأنه يكون حيلة وخدعة، وقد قال عليه السلام: "**الْحَرْبُ خُدْعَةٌ**"(١).

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢٤٤/٤ (٣٦١١) و٢٤٣/٦ (٥٠٥٧) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٢١/٩ (٦٩٣٠) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ١١٣/٣ (٢٤٢٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعبد الله بن سعيد الأشج، جميعا عن وكيع، قال الأشج: حدثنا وكيع. وفي ١١٤/٣ (٢٤٢٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، وأبو بكر بن نافع، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٤٢٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا أبو معاوية. و«أبو داود» (٤٧٦٧) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. و«النسائي» ١١٩/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٥١) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٨٥١٠) قال: أخبرنا محمد بن معاوية بن يزيد، قال: حدثنا علي بن هاشم. و«أبو يعلى» (٢٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، زهير بن حرب، قال: حدثنا أبو معاوية، محمد بن خازم. وفي (٣٢٤) قال: حدثنا عبيد الله، =

ومنها: أنه نهى عن المثلة وقالوا: هذا النهي محمول على ما بعد الظفر بهم فأما قبل الظفر فلا بأس بالمثلة قال الله تعالى: ﴿فَٱضۡرِبُواْ فَوۡقَ ٱلۡأَعۡنَاقِ وَٱضۡرِبُواْ مِنۡهُمۡ كُلَّ بَنَانٖ ١٢﴾ [الأنفال: ١٢] وضرب البنان مثله، ولأن القتال بالسهام مباح وربما يصيب موضعا يصير مثله.

ومنها: أنه نهى عن قتل الأولاد لما روي: "أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة يوم الفتح وقال: **هذه كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟ أدرك خالدا وقل له: لا تقتلن عسيفًا ولا ذرية**"، ولأن من لا يصلح للمحاربة لا يوجد منه المحاربة لا حقيقة ولا اعتبارًا فلا يباح قتله كما بينا.

ومنها أنه أمر بتقدم الدعوة إلى الإسلام على القتال قالوا: وهذا كان في ابتداء الإسلام حين لم ينتشر الإسلام ولم يستفض فأما بعدما انتشرت واستفاضت وعرف كل مشرك إلى ماذا دعي يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك، فإن اعتبر بغير تجديد الدعوة جاز لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق ولم يجدد الدعوة**"، وإن جدد الدعوة فهو أحوط.

ومنها قوله: "**فادعوهم إلى إعطاء الجزية**" وهذا في حق الكفار أجمع إلا مشركي العرب ومتنامي ذلك.

ومنها قوله: "**فإن أبوا إعطاء الجزية فانبذ إليهم**"، قالوا: وإنما يجب النبذ والإعلام إذا كان بيننا وبينهم أمان مؤقت وقد رأى الإمام الصلاح نفي نقض ذلك فيجب أن يعلمهم نفيا للعذر والجناية، فإذا لم يكن بيننا وبينهم أمان، فإنه لا يجب النبذ والإعلام؛ لأنه لا يتصور فيه العذر والخداع.

=

قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٦٧٣٩) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: أخبرنا سفيان.

سبعتهم: (سفيان الثوري، وأبو معاوية، محمد بن خازم، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وعيسى بن يونس، وجرير بن عبد الحميد، وعلي بن هاشم) عن سليمان الأعمش، عن خيثمة بن عبد الرحمن، عن سويد بن غفلة، فذكره.

ومنها قوله: "**فإن أرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله فلا تنزلوهم فإنكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم**"، وسنبين ذلك في بابه وهذا دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب.

وهذا الحديث استدل به أبو يوسف في مجلس هارون الرشيد على المعتزلة أن المجتهد يخطئ ويصيب، إذ لو كان مصيبًا لا محالة لم يكن لقوله صلى الله عليه وسلم: "**فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم**" فائدة ومعنى، ولأنا نقول باجتهادنا أن المجتهد يخطئ ويصيب، ماذا يقولون في اجتهادنا أصواب أم خطأ؟ إن قالوا: خطأ؛ ثبت أن المجتهد يخطئ ويصيب، فبطل ما قالوا: إن لكل مجتهد مصيب، ولأن ما قالوا يؤدي إلى المحال؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الحظر والإباحة والنفي والإثبات حقا عند الله تعالى في حالة واحدة وهذا محال؛ لأن العمل به متعذر وما أدى إلى المحال فهو باطل.

(باب القتال والفرار من الزحف)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في كيفية القتال.

والثاني: في الفرار من الزحف وتركه.

(فصل)

ويجوز القتال في الأشهر الحرام والنهي عن القتال فيها منسوخ هكذا قاله مجاهد لقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المحرم ولا بأس بأن يغزو ليلا ونهارًا بغير الدعوة إلى الإسلام كما بينا.

ولو ترك الدعوة وقاتلهم فأغار عليهم هل يباح لم يذكره محمد، واختلف المشايخ فيه، قيل: يباح؛ لأن الدعاء إلى الإسلام قد انتشر وشاع واشتهر في دار الحرب فيقوم الشيوع مقام البلوغ إلى كل أحد كالذمي إذا أسلم في دار الإسلام

ولم يعلم بالشرائع يلزمه القضاء وقيل: لا يباح؛ لأن الدعاء إلى الإسلام شاع في بعض بلاد الحرب ولم يشع في البعض، وما شاع في بعض البلد لا يعتبر في البعض، ولهذا لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يعلم بالشرائع لا يلزمه القضاء ويخربون حصونهم ويعرفونها، وإن كان فيها أطفال أو المسلمون خلافًا للأوزاعي والشافعي إلا أن لا يتهيأ الفتح إلا به.

والصحيح قولنا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا بني النضير خرب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بيوتهم بأنفسهم ويهربون من وراء الجدار فأنزل الله تعالى قوله: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الحشر: ٢] وأحرق غيظهم، عليهم دويرة بني المصطلق، وكذلك حاصر أهل الطائف ورماهم بالمنجنيق وكان فيهم المسلمون غير أنه لا يتعمد المسلم، ولأن تخريب الحصون وقطع نخلها، وإن كان إفساد مال ولكن سبب لكسر شوكتهم ولحوق غيظهم، وإتلاف المال لفائدة مشروع حتى لو تيقنا الفتح بدونه يلزمه ذلك وإليه أشار قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ﴾ [الحشر: ٥] أي النخيل الكرام ﴿أَوْ﴾ ﴿قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا﴾ الآية أي تركتموها ﴿فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ الآية.

رمى إلى بلد ما بالمنجنيق أو بسهم إلى الكفار وفيهم أطفال ومسلمون جاز وكذلك إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأساريهم ويتعمد برميه الجري جاز لما فيه من ضرورة إقامة الفرض عليهم وهو الجهاد؛ لأن الله تعالى فرض الجهاد مع علمه بأن ديارهم لا تخلو عن المسلمين تاجرًا أو أسيرًا أو أطفالا وصغارا وإليه أشار محمد رحمه الله لو كان يكف عن قتال أحل الحرب صيانة لمن لا يحل قتله عن الهلاك لم يقاتلوا أبدًا ولتقاعدوا عن الجهاد، فعند الشافعي لا يحل ما لم يوجد منهم البداية بالرمي وهذا ضعيف لأنهم لما تترسوا وجرموا للمحاربة فقد قصدونا بالقتال واحتجنا إلى الدفع، فلو انتظر البداية منهم ربما لا يمكنه دفع القتل عن نفسه لأنهم يصيبون المسلمين في أول المرة كما في الشاهر سيفه لا ينتظر المشهور عليه بابتدائه بالقتل؛ لأنه متى انتظر ربما تأتي عليه ضربته بموت فلا يحصل الدفع فكذا هذا ولا كفارة عليه ولا دية إن أصاب مسلما؛ لأنه أبيح له الرمي فسقط حرمة المؤمن.

(السير الكبير): ولا بأس بأن يحمل الرجل وحده على العدو، وإن كان بحيث ينكئ فيهم ظاهرًا لما روي أنه فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ومدحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نزل قوله تعالى: ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْرِى نَفْسَهُ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ ﴾ [البقرة: ٢٠٧]، وإن كان يعلم أن لا ينكئ بل يقتل قط، فإنه لا يحل له أن يحمل عليهم؛ لأنه لا يحصل بحملته شيء مما يرجع إلى إعزاز الدين بل يكون ملقيا نفسه في الهلكة بخلاف ما إذا كان ينهى قوما من فساق المسلمين عن منكر وهو يعلم أنهم لا يمتنعون بنهيه وأنهم يقتلون فلا بأس بالإقدام عليه وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يرخص في السكوت؛ لأن هناك القوم يعتقدون ما يأمرهم به نهاهم عنه فلا بد من أن يكون نهيه مؤثرا في باطنهم فأما الكفار فغير معتقدين لما يدعوهم إليه فالظاهر أنهم يقتلونه فلا يسعه الإقدام عليه.

طعن بالرمح في جوفه لا يكره أن يمشي إلى صاحبه من غير نزع الرمح ليضربه بالسيف؛ لأنه تيقن بموته وهذا إذا غلب على ظنه أنه ينكئ بالعدو مكانه؛ لأن في الذهاب والرمح في جوفه زيادة تعرض نفسه للهلاك وتعريض نفسه للهلاك مباح إذا غلب رأيه أنه ينال من عدو نيلا وينكئ به نكاية وهذا أولى وإن علم يقينا أنه لا ينكئ به نكاية لا يباح له الذهاب؛ لأنه متى استيقن أنه لا ينكئ بهم لا يكون ذلك جهادا؛ لأنه إهلاك نفسه من غير فائدة، وإذا رجا حياته فنزع الرمح أولى.

القيت النار في سفينة فيها مسلمون يميل إلى الصبر أو ألقى نفسه في الماء عندهما؛ لأنه ابتلى بشرين فيميل إلى أهونهما عنده. قال محمد: الصبر على النار أولى ليصير قتيلا بفعل غيره لا بفعل نفسه إلا أن العذر لهما على هذا أنه يلقي نفسه في الماء عن اضطرار وفعل المضطر ينتقل إلى من اضطره فصار متلفا بفعل غيره في الحالين.

ولا يستحب للنساء القتال مع العدو؛ لأنه ليس لها بُنْيَةٌ صالحة للقتال، وربما يكون في قتالها كشف عورة للمسلمين فيفرح به المشركون، وربما يكون المشركين على المسلمين ويستدلون على ضعفهم حيث احتاجوا إلى استعانة بالنساء على قتالها إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك، فإذن دفع شر المشركين عند تحقق الضرورة

واجب ولا بأس للعجائز أن يحضرن الحرب لمداواة الجرحى والطبخ والخبز وغيره للغزاة إذا احتاجوا إلى ذلك؛ لأن في ذلك إعانة للمجاهدين بما يليق بها من العمل.

(فصل)

ولا يستحب لرجل من المسلمين به قوة أن يفر من رجلان من المشركين لقوله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۖ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴿١٦﴾ ﴾ [الأنفال: ١٦] أي يتجاوز فيتوجه إليهم يقال: تجوز وتحيَّز إلى فلان أي انضم إليه والفئة القوم والجماعة قال بعض أهل التفسير: كان هذا يوم بدر خاصّة إذا لم يكن فيه للمسلمين يتجاوزون إليها غير رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: أكثرهم على أنه لم ينسخ هذا الحكم والفرار من الزحف من الكبائر على ما قال عليه السلام: "**خمس من الكبائر لا كفارة فيهن**"، وذكر من جملتها الفرار من الزحف. وقال: "**إن من أعظم الموبقات الشرك بالله وأكل مال اليتيم والتولي يوم القتال وقذف المحصنات**" ثم إن كان عدد المسلمين مثل نصف عدد المشركين لا يحل لهم الفرار منهم وكان الحكم في الابتداء أنهم إذا كانوا مثل عشر المشركين لا يحل لهم أن يفروا كما قال الله تعالى: ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ﴾ [الأنفال: ٦٥] ومن أخبر الله تعالى أنه غالب فليس له أن يفر، ثم خفف الأمر وقال: ﴿ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ﴾ [الأنفال: ٦٦] وهذا إذا كانت لهم قوة القتال بأن كانت معهم أسلحة، فأما من لا سلاح له لا بأس بأن يفر ممن معه السلاح، وكذا لا بأس بأن يفر الواحد من الثلاث إلا أن يكون المسلمون اثنا عشر ألفا كلمتهم واحدة فحينئذ لا يجوز لهم أن يفروا.

وذكر عن ابن عمر رضي الله عنهما فيما قال: بعث رسول الله صلى الله عليه

وسلم سرية قبل نجد وأنا فيهم فحاص[١] المسلمون حيصة، يعني انهزموا من العدو فلما قدمنا المدينة قلنا: نحن الفرارون، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "**بل أنتم العكارون**[٢] **في سبيل الله وأنا لكم فئة**"[٣]، والمراد بالعكار الراجع إلى القتال في سبيل الله يعني كان هذا تحيزا منكم إلي أنا لكم فيه ارجعوا معي إلى القتال والجهاد في سبيل الله تعالى.

---

(١) قوله: «فحاص» بالمهملات، قال في "الدر النثير": حاصوا حيصة جالوا جولة والمحيص المحيد وحيصة من حيصات الفتن أي: رويحة منها.

(٢) قوله: «العكارون» بفتح العين المهملة وتشديد الكاف، قال في (مختصر النهاية): العكارون الكرارون إلى الحرب والعطافون نحوها يقال للرجل تولى عن الحرب ثم يكر راجعًا إليها عكر واعتكر.

(٣) أخرجه الحميدي (٧٠٤) قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ٥٦١/٨ (٢٦٧٢٩) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٥٦٢/٨ (٢٦٧٣٠) و٥٣٥/١٢ (٣٤٣٧٤) قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان. و«أحمد» ٢٣/٢ (٤٧٥٠) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٥٨/٢ (٥٢٢٠) قال: حدثنا وكيع، عن علي بن صالح. وفي ٧٠/٢ (٥٣٨٤) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير. وفي ٨٦/٢ (٥٥٩١) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٩٩/٢ (٥٧٤٤) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي ١٠٠/٢ (٥٧٥٢) قال: حدثنا خلف بن الوليد، قال: حدثنا خالد، يعني الطحان. وفي ١١٠/٢ (٥٨٩٥) قال: حدثنا إسحاق بن عيسى، وأسود بن عامر، قالا: حدثنا شريك. و«البخاري» في «الأدب المفرد» (٩٧٢) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا أبو عوانة. و«ابن ماجه» (٣٧٠٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٢٦٤٧ و٥٢٢٣) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير. و«الترمذي» (١٧١٦) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٥٩٦) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٥٩٧) قال أبو علي (هارون بن معروف): وزاد فيه ابن فضيل. وفي (٥٧٣٧) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي (٥٧٨١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير.

عشرتهم: (سفيان بن عيينة، ومحمد بن فضيل، وعبد الرحيم بن سليمان، وعلي بن صالح، وزهير بن معاوية، وشعبة بن الحجاج، وخالد الطحان، وشريك بن عبد الله، وأبو عوانة الوضاح، وجرير بن عبد الحميد) عن يزيد بن أبي زياد، أن عبد الرحمن بن أبي ليلى حدثه، فذكره.

(باب من يكره له الخروج للقتال بغير إذن ومن لا يكره)

(السير الكبير): ولا يخرج الرجل إلى الجهاد إلا بإذن والديه؛ لأن بر الوالدين وترك ما يلحقهما من المشقة والتعب فرض عليه عينا، والجهاد فرض على الكفاية إذا لم يكن النفير عاما فعليه أن يقدم الأقوى وفي خروجه إلحاق الضرر والمشقة بهما، فإن المجاهد على خطر الهلاك، فإن أذنا له فليخرج، وإن أذن أحدهما دون الآخر فلا يخرج مراعاة لحق الذي لم يأذن منهما.

وأصله ما رُوي أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إني جئت أجاهد معك وتركت والدي يبكيان، فقال: "**اذهب وأضحكهما كما أبكيتهما**" وأفضل الجهاد ما كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم أمره بالرجوع لكراهية الوالدين بخروجه.

ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل الأعمال قال: "**الصلاة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله**" فهذا تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد والوالدان في سعة من أن لا يأذنا له إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة لأنهما يحملانه على ما هو الأقوى في حقه وهو برهما.

وكذلك إن مات أحد أبويه؛ لأن السبب الموجب للبر في حق الحي كامل وإن كانا كافرين أو أحدهما وهو مسلم وكرها خروجه للجهاد أو كره الكافر منهما ينظر إن كان إنما كره ذلك لمخافة على نفسه أو للمشقة التي تلحقه بخروجه فلا يخرج إلا بإذنه؛ لأن في بر الوالدين يستوي فيه المسلم والكافر قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] والمراد الأبوان المشركان بدليل قوله: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى﴾ الآية.

وإن كان نهاه عن ذلك لكراهية أن يقاتل مع أهل دينه لا شفقة عليه فيخرج ولا

يطيعه؛ لأن شركه دعاه إلى نهيه عن الخروج وحمله عليه وليس عليه طاعته في داعية الشرك، وإنما يعرف ذلك بغالب الظن والرأي؛ لأن فيما لا طريق فيه إلى معرفته حقيقة ينبني الأمر على غالب الرأي وهذا إذا كان لا يخاف عليه الضياع.

وإن كان يخاف عليه الضياع لا يحل له أن يخرج؛ لأنه إذا كان معسرًا محتاجًا إلى خدمته فخدمته فرض عليه عينًا.

وإن كان كافرًا ولا يجوز أن يترك فرضا عينا ليتوصل إلى ما هو فرض كفاية، ولأن ما يقوم به بتضييع والده لا يمكنه تداركه ويمكنه أن يتدارك الجهاد في وقت آخر ولا غيره بإذن غير الأبوين كالأجداد والجدات ما داما حيين لأنهم كالأجانب ألا ترى في حكم الحضانة والولاية واستحقاق الميراث كالأجانب فكذا في المنع عن الخروج، فإن مات الأبوان فالإذن إلى الجد من قبل أبيه والجدة التي من قبل أمه؛ لأن أب الأب قائم مقام الأب عند عدمه بدليل ثبوت الولاية له وكذلك أم الأم عند عدم الأم بمنزلتها بدليل ثبوت حق الحضانة لها.

وإن لم يكن له إلا أب أم وأم أب فالمستحب له أن لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن حق الحضانة لأم الأب عند عدم أم الأم وأب الأم إن لم يكن الأب في حق الولاية فقد جعل كالأب في عدم استحقاق القصاص والمنع من قبول الشهادة وحرمة وضع الزكاة فيه، وإذا لم يبق أحد أقرب منه كان هو قائمًا مقام الأب في منعه من الخروج أيضًا، فإن كان له أم وأب أب لا يخرج إلا بإذنهما، فإن كان له جد من قبل الأب وجدة من قبل الأم يحق الإذن للجدة من قبل الأم خاصة لأنها في الحضانة مقدمة على الأخرى والجدة التي من قبل الأب لا تقوم مقام الأب بدليل أنه لا تثبت لها الولاية كما تثبت للجد، فإن كان له أب وأم أب لا يخرج حتى يأذنا له؛ لأن أم الأب بمنزلة الأم، ألا ترى أن حق الحضانة لها ويجوز أن يخرج لسفر غير الجهاد كالتجارة والحج والعمرة أو للتعلم إذا كان الطريق آمنا بغير إذنهما؛ لأن الغالب في هذه الأسفار السلامة ولا يلحقهما في خروجه مشقة شديدة، فإن الحزن على الغيبة يندفع بالطمع في الرجوع غالبًا وظاهرًا إلا أن يكون سفرًا مخوفًا عليه نحو ركوب البحر فلا يخرج إلا بإذنهما؛ لأنه بمنزلة الجهاد؛ لأن خطر الهلاك فيه أظهر.

وإن كان في التجارة إلى دار الحرب بأمان فكرها ذلك، فإن كان قوما يوفون بالعهد معروفين بذلك فلا بأس؛ لأن الغالب هو السلامة، وإن كان يخرج في تجارة إلى دار الحرب مع عساكر المسلمين، فإن كان عسكرًا عظيمًا كالصَّائِفَة[1] فلا بأس بأن يخرج بغير إذنهما؛ لأن الغالب يبين حالة السلامة، فإنه لا يعرض نفسه للهلاك بالاشتغال بالقتال والعسكر العظيم يقوون على دفع شر العدو عنه وعن أنفسهم، وإن كانت سرية أو نحوها فلا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن خطر الهلاك أظهر في خروجه مع قوم ليس لهم قوة الدفع عنه.

ولا بأس بالخروج للجهاد بغير إذن أولاده وزوجته وسائر أقربائه غير الوالدين؛ لأنه لا يجب عليه بر غيرهما، إلا إذا كان يخاف الضياع على أحد من هؤلاء فلا يسعه أن يخرج ويدع من يلزمه نفقته ضائعًا؛ لأن القيام بتعاهده والإنفاق عليه مستحق عليه بعينه قال عليه السلام: "**كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيّعَ مَنْ يعوله**"[2]، ولأن نفقة زوجته وأولاده الصغار والإناث الكبار إذا لم يكن لهن أزواج والزمنى من

---

(١) الصَّائِفَةُ: الغزوةُ في الصيفِ. وبها سُمِّيتْ غَزْوَةُ الرومِ، لأنهم كانوا يُغْزُونَ صيفًا اتقاءَ البَرْدِ والثلج.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٨١٠) قال: أخبرنا معمر. و«الحميدي» (٦١٠) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا إسرائيل. و«أحمد» ٢/١٦٠ (٦٤٩٥) قال: حدثنا يحيى، عن سفيان. وفي ٢/١٩٣ (٦٨١٩) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٢/١٩٤ (٦٨٢٨) قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢/١٩٥ (٦٨٤٢) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«أبو داود» (١٦٩٢) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٩١٣١) قال: أخبرنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو بكر. وفي (٩١٣٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، قال: سمعت سفيان. وفي (٩١٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر، قال: قرأت على فضيل، عن أبي حريز. و«ابن حبان» (٤٢٤٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وإسرائيل بن يونس، وسفيان الثوري، وسليمان الأعمش، وشعبة بن الحجاج، وأبو بكر بن عياش، وأبو حريز عبد الله بن حسين) عن أبي إسحاق السبيعي، عمرو بن عبد الله الهمداني، عن وهب بن جابر الخيواني، فذكره.

الكبار الذين لا حرفة لهم من ذوي الرحم المحرم واجبة شرعًا فلا يجوز له أن يمتنع عن الإنفاق عليهم ويضيعهم لأجل الجهاد وهذا كله إذا لم يكن النفير عامًا، فأما إذا جاء النفير عامًّا يخرج بغير إذن والديه؛ لأن الخروج في هذه الحالة فرض على كل أحد كما ذكرنا، ولأن الضرر في ترك الخروج أعم؛ لأن ذلك يتعدى إليه وإلى والديه وإلى المسلمين جميعًا[١].

(فصل)

ولا ينبغي للعبد أن يخرج للجهاد بغير إذن مولاه ما لم يكن النفير عامًّا؛ لأن منافعه مملوكة للمولى فلا يجوز له تعطيل منافع مملوكة للمولى بغير إذنه وفرض الجهاد عند عدم النفير على الكفاية جاز لأحد تركه، فأما إذا صار النفير عاما صار الجهاد فرضا عينا على كل من قدر عليه كفرضية الصوم والصلاة وذلك مستثنى للعبد عما ملكه مولاه، وكذلك النساء إن كانت لهن قوة القتال فلا يخرجن بغير إذن أزواجهن إلا إذا كان النفير عامًّا، وكذلك الغلمان الذين لم يبلغوا إذا أطاقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا في النفير العام بغير إذن الآباء والأمهات كما بينا، ولا يستحب للرجال أن يخرجوا معهم بالنساء للمباضعة والخدمة مخافة عليهن؛ لأن النساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن، ومن خرج للقتال ربما يبتلى بعارضة تشغله بنفسه ولا يمكن فيه من الذب عن حرمه واقتضاء الشهوة بالمباضعة ليس من أصول الحاجة فلا ينبغي أن يعرض حرمته للضياع لأجله، فإن كان لا بد من إخراجهن فالإماء دون الحرائر؛ لأن حكم الاختلاط بالرجال حق الإماء أخف، ألا ترى أنه لا بأس للأمة أن تسافر بغير محرم وليس للحرة ذلك، وما هو المقصود من المباضعة والخدمة يحصل بالإماء فلا حاجة إلى إخراج الحرائر.

ولا ينبغي لأحد من العجائز أن يخرج مع سرية يدخلون أرض الحرب لمداواة الجرحى لأنهم جريدة خيل إذا أحزنهم أمر اشتغلوا بأنفسهم فلا يتمكنون من الدفع

---

(١) انظر: ابن عابدين ٧١/٢، والمغني ٨٢/٣، ٨٣، والقليوبي ٢٠٥/٣، والأحكام لابن العربي ١١٩٣/٣.

عنها وهي عاجزة عن الدفع عن نفسها، وإنما يحل له ذلك في الصوائف القاهرون للعدو ولا ينهزمون من العدو.

(العيون): ومن عليه الدين لا يخرج للعدو ما لم يقض دينه، فإن لم يكن عنده وفاء لا يخرج إلا بإذن الغريم؛ لأنه تعلق به حقهما وإن كفل بغير إذنه لا يخرج إلا بإذن الطالب خاصة؛ لأنه تعلق به حق الطالب.

(باب ما يكره فعله في الحرب وما لا يكره[(١)])

مسائله على فصول:

فصل في المسابقة والفروسية والملاعبة بالرمي.

فصل في الملابسة وترك الريبة ورفع الصوت عند المحاربة.

وفصل في حمل رؤوس العدو ونقلها.

(فصل)

ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**الْخَيْلُ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ**"[(٢)] يعني: الجهاد وإرهاب العدو كما قال الله تعالى:

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٩/٢ ط. دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ١٧٨/١، والخانية على هامشها ٢٤٩/١، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٢٥٦/٢، والوجيز ٧٩/١ ط. دار المعرفة، والمغني ٦٢٠/١، ٦٢١ ط. الرياض.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢٨/٤ (٢٨٥١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. وفي ٢٠٨/٤ (٣٦٤٥) قال: حدثنا قيس بن حفص، قال: حدثنا خالد بن الحارث. و«مسلم» ٣٢/٦ (٤٨٨٧) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ٣٣/٦ (٤٨٨٨) قال: وحدثنا يحيى بن حبيب، قال: حدثنا خالد، يعني ابن الحارث (ح) وحدثني محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر. و«النسائي» ٢٢١/٦، وفي «الكبرى» (٤٣٩٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا النضر (ح) وأنبأنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى. و«أبو يعلى» (٤١٧٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبيد بن سعيد. وفي (٤١٧٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير. =

﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦٠] ويغير به الآخر لصاحبها ولا بأس بالمسابقة بالأفراس للرياضة وإنه حسن ما لم تتعب من عابه لا يحملها، وجاء في الحديث: "**سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما، فسبق رسول الله صلّى الله عليه وسلم وصلى أبو بكر، وثلث عمر**"(١).

ومعنى قوله: "صلى" أي: كان رأس دابته عند صلاة دابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذنب.

وفي حديث مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لا تحضر الملائكة شيئًا من الملاهي سوى النصال والرهان**" يعني الرمي والمسابقة.

وجاء في الحديث: "**أن العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تُسبق**"، فجاء أعرابي على قعود له وسبقها، فشق ذلك على المسلمين فقال عليه السلام: "**ما رفع الله شيئًا من هذه الدنيا إلا وضعه**"(٢).

=

و«ابن حبان» (٤٦٧٠) قال: أخبرنا عمر بن إسماعيل بن أبي غيلان، ببغداد، قال: حدثنا علي بن الجعد بن عبيد.

عشرتهم: (أبو أسامة، ويحيى، وحجاج، وابن جعفر، وخالد، ومعاذ، والنضر، وعبيد، ووهب، وعلي) عن شعبة، عن أبي التياح، يزيد بن حميد، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ١٢٤/٤ (١٠٢٠) قال: حدثنا عبد الرحمن. وفي ١٣٢/١ (١١٠٧) قال: حدثنا وكيع. وفي ١٤٧/١ (١٢٥٩) قال: حدثنا أبو نعيم. ثلاثتهم: (عبد الرحمن بن مهدي، ووكيع بن الجراح، وأبو نعيم، الفضل بن دكين) عن سفيان الثوري، عن أبي هاشم، القاسم بن كثير، بياع السابري، عن قيس الخارفي، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ٣٢/٤ (٢٨٧١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا معاوية، قال: حدثنا أبو إسحاق. وفي ٣٢/٤ (٢٨٧٢) قال: حدثنا مالك بن إسماعيل، قال: حدثنا زهير. وفي ١٠٥/٨ (٦٥٠١) قال: حدثنا مالك بن إسماعيل، قال: حدثنا زهير (ح) قال: وحدثني محمد، قال: أخبرنا الفزاري، وأبو خالد الأحمر. و«أبو داود» (٤٨٠٣) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا زهير. و«النسائي» ٢٢٧/٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٣) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن خالد. وفي ٢٢٨/٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٧) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير، قال: حدثنا بقية بن الوليد، قال: حدثني شعبة. و«أبو يعلى» (٣٧٣١) قال: حدثنا

=

وكذلك المسابقة على الأقدام لا بأس بها لحديث الزهري قال: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة أنفسهم حتى إذا ابتلوا بالطلب أو الهرب وهم رجالة لا يشق عليهم العدو وكما يحتاجون في ذلك إلى رياضة الدواب(١).

وأما الرمي والسلاح(٢) ذكر حديث عقبة بن عامر الجهني رحمه الله: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قوله: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] **"أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيُ"**. قاله ثلاثًا(٣).

وفي حديثه أيضًا: **"إن الله تعالى يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: صانعه الذي يحتسب به، وَمُنْبِلَه، والرامي به"**(٤).

أبو بكر، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«ابن حبان» (٧٠٣) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا محمد بن العلاء بن كريب، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر.

ثمانيتهم: (عبد الوهاب، وأبو خالد، وابن أبي عدي، وأبو إسحاق، إبراهيم بن محمد، وزهير بن معاوية، ومروان بن معاوية الفزاري، وخالد بن الحارث، وشعبة) عن حميد الطويل، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين ٢٥٩/٥، والقليوبي وعميرة ١٦٦/٤، والمغني ٦٥٩/٦، وعمدة القاري ٦١٠/٦، ٦١١، وفتح الباري لابن حجر ٧١/٦، ٧٢، ٧٣.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٩٠/٥، وفتح القدير ٢٦٤/٩.

(٣) أخرجه «مسلم» ٥٢/٦ (٤٩٨٤) قال: حدثنا هارون بن معروف. و«ابن ماجه» (٢٨١٣) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى. و«أبو داود» (٢٥١٤) قال: حدثنا سعيد بن منصور. و«أبو يعلى» (١٧٤٣) قال: حدثنا هارون. و«ابن حبان» (٤٧٠٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا حرملة بن يحيى. خمستهم: (هارون بن معروف، وسريج بن النعمان، ويونس بن عبد الأعلى، وسعيد بن منصور، وحرملة) عن عبد الله بن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، عن أبي علي، ثمامة بن شفي الهمداني، فذكره.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٢١٠١٠) عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. و«ابن أبي شيبة» ٣٤٩/٥ (١٩٨٩٨) و٢٢/٩ (٢٦٨٥٠) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«أحمد» ١٤٤/٤ (١٧٤٣٣) قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثنا أبو سلام. وفي =

وقال: **"كل لهو ابن آدم باطل إلا ثلاثة: تأديبَهُ فرسه، وملاعبتَهُ أهله، ورمية عن قوسه"**(١).

وذكر عن عمر رضي الله عنه قال: علموا أولادكم السباحة والفروسية ومروهم بالاحتفاء بين الأغراض(٢)، وهذا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن في حديثه قال: **"علموا أولادكم السباحة والرمي، والمرأة المغزل"**(٣)، وقال: **"ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا"**(٤).

=

١٤٨/٤ (١٧٤٧٠) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. وفي (١٧٤٧١) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«الدارمي» (٢٥٥٨) قال: أخبرنا وهب بن جرير، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«ابن ماجه» (٢٨١١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«الترمذي» (١٦٣٧م) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. كلاهما: (زيد بن سلام، وأبو سلام الدمشقي) عن عبد الله بن زيد الأزرق، فذكره.

(١) أخرجه الطيالسي (ص١٣٥، رقم ١٠٠٦، ١٠٠٧)، وأحمد (١٤٤/٤، رقم ١٧٣٣٨)، والترمذي (١٧٤/٤، رقم ١٦٣٧)، وابن ماجه (٩٤٠/٢، رقم ٢٨١١)، والحاكم (١٠٤/٢، رقم ٢٤٦٧) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٣/١٠، رقم ١٩٥١٥).

(٢) أثر عمر: علموا أولادكم السباحة. وأورد ابن القيم في كتابه الفروسية (ص٦ ط. دار الكتب العلمية) عن أبي إمامة بن سهل بن حنيف رضي الله عنه قال: كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه: «أن علموا غلمانكم العوم، ومقاتلتكم الرمي» وعزاه إلى الطبراني في كتاب فضل الرمي.

(٣) أورده الذهبي في الميزان (٣٢٤/٣، ترجمة ٣٥٤٢)، وابن حجر في اللسان (١١٢/٣، ترجمة ٣٦٨) كلاهما في ترجمة سليم بن عمرو الأنصاري وقالا: روى عنه علي بن عياش خبرًا باطلًا. ثم ذكرا الحديث. قال المناوي (٣٢٨/٤): قال السخاوي: سنده ضعيف لكن له شواهد.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٢١٠١٠) عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. و«ابن أبي شيبة» ٣٤٩/٥ (١٩٨٩٨) و٢٢/٩ (٢٦٨٥٠) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«أحمد» ١٤٤/٤ (١٧٤٣٣)

=

فالحاصل: أن كل ما يعينه على الجهاد فهو مندوب إلى تعليمه وإلى أن يعوِّد نفسه ذلك لما فيه من إعزاز الدين وقهر العدو[١].

(فصل)

وذكر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب: (أن وفروا [الأظافر][٢] في أرض العدو فإنها سلاح)، وهذا مندوب إليه للمجاهد في دار الحرب، وإن كان قص [الأظافر][٣] من الفطرة؛ لأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه [بأظافره][٤] وهو نظير قص الشارب، فإنه سنة وفي حق الغازي في دار الحرب؛ لا، فإن يوفر شاربه مندوب إليه ليكون أهيب في عين العدو فيحصل به الإرهاب والإرعاب، ولهذا لا بأس بلبس ثوب لحمته حرير وسداه غير حرير في الحرب للحاجة إلى تهيب العدو وإلى دفع معرة السيف، ويكره لبس الحرير عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وقد مرت في الاستحسان.

ولا يستحب رفع الصوت في الحرب من غير أن يكون ذلك مكروه ومن وجه الدين ولكنه مشكلٌ، فإن كان فيه تحريض ومنفعة للمسلمين فلا بأس، يعني أن

=

قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثنا أبو سلام. وفي ١٤٨/٤ (١٧٤٧٠) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. وفي (١٧٤٧١) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«الدارمي» (٢٥٥٨) قال: أخبرنا وهب بن جرير، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«ابن ماجه» (٢٨١١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«الترمذي» (١٦٣٧م) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. كلاهما: (زيد بن سلام، وأبو سلام الدمشقي) عن عبد الله بن زيد الأزرق، فذكره.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٧/٥، والفتاوى الهندية ٣٣٠/٥.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الأضافير.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): الأضافير.

(٤) ما بين المعكوفتين في (س): بأضافيره.

المبارزين يزدادون نشاطا برفع الصوت بالتكبير والتهليل وربما يكون فيه إرهاب العدو على ما قال عليه السلام: "صَوْتُ أَبِي دُجَانَةَ فِي الْحَرْبِ فِئَةٌ"[١]، وأما إذا لم يكن فيه منفعة فهو مشكلٌ وربما يدل على الجبن.

وذُكِرَ عن الحسن: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكره رفع الصوت عند ثلاثة: عند قراءة القرآن، وعند الجنائز، وعند الزحف"، أي: القتال[٢].

ذُكِرَ عن كعب قال: (ما استيقن جيش من المسلمين إلا بعث الله ملكا ينادي في ظهورهم: اللهم اجعل ظهورهم شديدًا وحوافرهم حديدًا إلا ذات الجرس).

وعن خالد بن معدان قال: "رأى النبي صلى الله عليه وسلم راحلة[٣] عليها الجرس فقال: تلك مطن[٤] الشيطان"[٥]، فمن العلماء من كره اتخاذ الجرس على الراحلة في الأسفار في الغزو وغير ذلك، وكرهوا اتخاذ الخلاخل في رجل الصغير.

وقال عامة العلماء: يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، ولا يكره في دار الإسلام إذا كان فيه منفعة لصاحب الراحلة؛ لأن الغزاة متى هجموا على العدو يعلم بهم العدو بصوت الجرس فيبدؤونهم، وإن كانت سرية علم بهم العدو فأتوهم فقتلوهم، فأما في دار الإسلام ينتفع به المسلمون في أسفارهم بصوت الجرس يدفعون به اليوم عن أنفسهم، ومن يميل من الطريق يتمكن من اللحوق بهم بصوت الجرس، ومن الدواب ما ينشط في السير بصوت الجرس، فإن أمنوا اللصوص وكان في الجرس منفعة بهذه الصفة فلا بأس باتخاذه، وهو نظير الحدو وهو معروف في العرف، وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه فكان يسير في الليل والحادي يحدو بين يديه، فعرفنا أن لا بأس بمثله، وما يكون في رجل الصبيان على سبيل اللهو من غير منفعة فيه فلا يستحب أيضًا، وإن كان فيه منفعة فلا بأس.

---

(١) انظر: شرح السير الكبير (الشركة الشرقية للإعلانات - د. ط. - ١٩٧١م) ج١ ص٨٩ - ٩٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/٤٤٤، ٤٤٥، ٥/٢٦٩.

(٣) الراحلة: البَعيرُ القويّ على الأسفار والأحمال، ويَقَعُ على الذكر والأنثى.

(٤) المطية: الدابة التي يركب مطاها أي ظهرها، أو هي التي تمط في سيرها أي تمدُّ، والمعنى كنائي.

(٥) أخرجه الخرائطي في مساوئ الأخلاق ١/٣٦١، رقم (٧٩٧).

(فصل)

قال بعض مشايخنا: لا يحل حمل الرؤوس إلى الولاة لما رُوي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه كتب إلى عماله بالشام لا تبعثوا إليّ برأس ولكن يكفي الكتاب والخبر ولأنها جيفة والسبيل دفنها لإماطة الأذى، ولأن إبانة الرأس مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الْمُثْلَةِ، ولو بالكلب العقور[(١)].

وقال أكثر مشايخنا: إنه إذا كان في ذلك كبتٌ وغيظٌ للمشركين وفراغ قلب المؤمنين بأن كان المقتول من قوّاد المشركين أو عظيمًا من المبارزين فلا بأس

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٣٠ (١٥٠١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن شعبة. قال البخاري: تابعه أبو قلابة، وحميد، وثابت، عن أنس. وفي ١٢٩/٥ (٤١٩٢) و١٢٩/٧ (٥٧٢٧) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. قال البخاري عقب (٤١٩٢): وقال يحيى بن أبي كثير: وأيوب، عن أبي قلابة، عن أنس: «قدم نفر من عكل». وعقب ١٢٩/٥ (٤١٩٢) قال البخاري، تعليقا: وقال شعبة، وأبان، وحماد، عن قتادة: «من عرينة». وفي ١٢٣/٧ (٥٦٨٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا همام. و«مسلم» ١٠٣/٥ (٤٣٧٤) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد. و«أبو داود» (٤٣٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن هشام. و«النسائي» ١٥٨/١ و٩٧/٧، وفي «الكبرى» (٢٩٠ و٣٤٨١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. وفي ٩٧/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٨٢) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن عبد الأعلى، نحوه. و«أبو يعلى» (٢٨٨٢) قال: حدثنا هدبة، قال: حدثنا همام. وفي (٣٠٤٤) قال: حدثنا محمد بن مهدي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٣١٧٠) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد. وفي (٣٨٧٢) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا همام. و«ابن خزيمة» (١١٥) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا سعيد. و«ابن حبان» (١٣٨٨) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا إبراهيم بن محمد التيمي، قال: حدثنا يحيى القطان، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٤٧٢) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. سبعتهم: (معمر، وسعيد، وهشام، وحماد، وهمام، وشعبة، وأبان) عن قتادة، فذكره.

بذلك لما رُوي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جز رأس أبي جهل لعنه الله فقال: الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي متى كان شره علي وعلى أمتي أعظم من شر فرعون على موسى عليه السلام وأمته؛ ولم ينكر عليه، وحين بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد بن مسلمة يقتل كعب بن الأشرف جاء برأسه إلى رسول الله ولم ينكر عليه.

(باب ما يجب من طاعة الموالي [والأمير][1] وما لا يجب)

وأصله: قوله تعالى: ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] والمراد به الأمراء عند بعض المفسرين، والعلماء عند بعضهم، وإنما يجب طاعة العلماء فيما يأمرون به لأنهم يأمرون بما فيه منفعة للناس في أمور دينهم؛ لأن قوام الدين والشريعة بالعلماء، قال الحسن البصري رضي الله عنه: (لولا العلماء لصار الخلق كالبهائم). ويجب طاعة الوالي في أمور دنياهم فيما فيه صلاحهم قال عليه السلام: "اسمعوا وأطيعوا، ولو أُمِرَ عَلَيْكُم عَبْدٌ حَبَشِيٌّ أجدع"[2]، ولأن صلاح الدنياوية بالكلية معلقة بالأمراء القاهرة القامعة، إذ لولا مخافة السلطان ومهابته لما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): والأمراء.

(٢) أخرجه «مسلم» ١٤/٦ (٤٧٨٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ١٥/٦ (٤٧٨٧) قال: وحدثناه ابن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وعبد الرحمن بن مهدي، عن شعبة. وفي (٤٧٨٨) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. وفي (٤٧٨٩) قال: وحدثنا عبد الرحمن بن بشر، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٧٩٠) قال: وحدثني سلمة بن شبيب، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا معقل، عن زيد بن أبي أنيسة. و«ابن ماجه» (٢٨٦١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. و«النسائي» ١٥٤/٧، وفي «الكبرى» (٧٧٦٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. ثلاثتهم: (شعبة بن الحجاج، وأبو إسحاق السبيعي، عمرو بن عبد الله، وزيد بن أبي أنيسة) عن يحيى بن الحصين، فذكره.

انزجر السفهاء عن المبادرة إلى سفك الدماء المحقونة وإلى إفساد الحقوق المحترمة عن الملاهي والمساهي بمجرد النواهي والتوعيد والتوبيخ؛ فكان بقاء العالم على نظمه وسننه متعلقًا بسلطان ووراع رادع قال عليه السلام: "**إنَّ الله تعالى لَيَزَعُ بالسُّلطانِ مَا لا يَزَعُ بالقُرْآنِ**"(١).

(السير الصغير): ولا بأس للإمام أن يأمر القاعد بإعطاء الجعل للشاخص ويضرب الجعل على الناس للغزاة ويحمل فرس القاعد للشاخص إذا لم يكن لهم ولا في بيت المال مال؛ لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ درع صفوان عند الحاجة بغير رضاه**"، ولأن أخذ مال الغير لحاجة إقامة الجهاد مباح للإمام؛ لأن الجهاد بالنفس والمال فرض بأن يعين القاعد الشاخص، فإذا امتنع عن إقامة الفرض للإمام أن يجبر عليه، فإن كان عند الإمام مال كرهت له ذلك؛ لأن بيت المال معدٌّ لنوائب المسلمين، وإن جهز القاعد الشاخص بطيبة نفسه فهو حسن مندوب وبه مأجور ولا بأس للشاخص أخذه؛ لأن عثمان رضي الله عنه جهز جيش العزة وضمن النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة، ولأن الجاعل في معنى المجاهد قال صلى الله عليه وسلم: "**للجاعل ثواب المجاهد**"، وإذا وجد من يحرس العدو فالصلاة أفضل لأنها أشرف العبادات وأفضلها، وإن لم يجد فالحراسة أفضل؛ لأن منفعة الحراسة تعود إليه وإلى عامة العسكر ومنفعة الصلاة تقتصر عليه، ولأن الحراسة فرض كفاية والصلاة نافلة وإقامة الفرض أولى من إقامة النافلة.

(السير الكبير): وإذا دخل العسكر دار الحرب للقتال وأمرهم أميرهم بشيء من الحرب، فإن كان لهم منفعة لهم فعليهم أن يطيعوه، وكذلك إن أمرهم بشيء منفعته لهم غير معلومة أو كانوا فيه مختلفين، قال بعضهم: الهلكة، وقال بعضهم: النجاة؛ يلزمهم طاعته؛ لأن فرضية الطاعة ثابتة بدلائل مقطوعة. وجه المنفعة في كون المأمور به مشكوك فلا يصلح معارضة للمقطوعة، ولأنه قد يكون طاعة الأمير في الكف عن القتال خير من مباشرة القتال، وقد يكون الظاهر الذي يعتمده الجند يدلُّهم على الشر والفساد ولا اطِّلاع لعامة الجند على حقيقة الصواب فلا يحل لهم التمرد

---

(١) أخرجه الخطيب (١٠٧/٤).

عن الامتثال برأي غير صائب صادر عن الشك والاحتمال، وإن كان أكثر رأيهم أن فيما يأمرهم هلكة فلا طاعة عليهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق**"(١).

وفي حديث علي رضي الله عنه: "**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية وأمَّر عليهم أميرًا فغضب عليهم أميرهم فأجج نارًا وقال: آمركم بطاعتي فاقتحموها، فمنهم من قال: ندخلها، ومنهم من قال: لا ندخلها، فإنا أسلمنا فرارًا من النار، فلما رفعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال: لو دخلوها ما خرجوا منها أبدًا، إنما الطاعة في المعروف لا في المنكر**"(٢).

---

(١) أخرجه الخطيب (٢٢/١٠).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦١/٥ (٤٣٤٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٦٣/٩ (٧١٤٥) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٨٨/٩ (٧٢٥٧) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. و«مسلم» ١٥/٦ (٤٧٩٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، واللفظ لابن المثنى، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي ١٦/٦ (٤٧٩٤) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، وأبو سعيد الأشج، وتقاربوا في اللفظ، قالوا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٤٧٩٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، عن الأعمش، بهذا الإسناد نحوه. و«أبو داود» (٢٦٢٥) قال: حدثنا عمرو بن مرزوق، قال: أخبرنا شعبة، عن زبيد. و«عبد الله بن أحمد» ١٣١/١ (١٠٩٥) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا ابن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. و«النسائي» ١٥٩/٧، وفي «الكبرى» (٧٧٨٠ و٨٦٦٨) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، ومحمد بن بشار، قالا: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. وفي «الكبرى» (٨٦٦٩) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن منصور، والأعمش. و«أبو يعلى» (٢٧٩ و٣٧٧) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. وفي (٣٧٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، ومحمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٦١١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٤٥٦٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان، قال: أخبرنا عبد الله، =

ومعنى قوله: "ما خرجوا منها[١]" أي: ينقلون عنها إلى نار جهنم، ولأن أكثر الرأي فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته بمنزلة الحقيقة، فإذا كان أكثر رأيهم أن فيه الهلكة كان أمره إياهم قصدا منه إهلاكهم واستخفافا بهم وقد ذم الله تعالى الطاعة في ذلك فقال: ﴿فَٱسۡتَخَفَّ قَوۡمَهُۥ فَأَطَاعُوهُۚ﴾ [الزخرف: ٥٤]، فإن عصاه عاصٍ لا ينبغي للإمام أن يعاقبه في أول مرة؛ لأن هذا منه عثرة وقال عليه السلام: "أَقِيلُوا ذَوِي العثرات عَثَرَاتِهِمْ"[٢]، ولكن يتقدم إليه وإلى الجند جميعًا أنه يؤدب من خالف

هو ابن المبارك، عن شعبة، عن زبيد. وفي (٤٥٦٨) قال: أخبرنا إبراهيم بن أبي أمية، بطرسوس، والحسين بن عبد الله القطان، بالرقة، قالا: حدثنا نوح بن حبيب، قال: حدثنا ابن مهدي، عن الثوري، عن زبيد. وفي (٤٥٦٩) قال: أخبرنا إبراهيم بن أبي أمية، بطرسوس، قال: حدثنا نوح بن حبيب البذشي، وهي قرية بقومس، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وزبيد الإيامي، ومنصور بن المعتمر) عن سعد بن عبيدة، عن أبي عبد الرحمن السلمي، فذكره.

(١) قَالَ ابْن الْقَيِّم - رحمه الله -: اسْتَشْكَلَ قَوْلُهُ صلى الله عليه وسلم "مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا"، مَعَ كَوْنِهِمْ لَوْ فَعَلُوا ذَلِكَ، لَمْ يَفْعَلُوهُ إِلَّا ظَنًّا مِنْهُمْ أَنَّهُ مِن الطَّاعَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِمْ، وَكَانُوا مُتَأَوِّلِينَ.
وَالْجَوَاب عَنْ هَذَا: أَنَّ دُخُولَهُمْ إِيَّاهَا مَعْصِيَةٌ فِي نَفْس الْأَمْر، وَكَانَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يُبَادِرُوا، وَأَنْ يَتَثَبَّتُوا حَتَّى يَعْلَمُوا، هَلْ ذَلِكَ طَاعَةٌ للهِ وَرَسُولِهِ أَمْ لَا؟، فَأَقْدَمُوا عَلَى الْهُجُومِ وَالِاقْتِحَامِ مِنْ غَيْرِ تَثَبُّتٍ وَلَا نَظَر، فَكَانَتْ عُقُوبَتُهُمْ أَنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا فِيهَا.
وَفِي الْحَدِيثِ دَلِيلٌ أَنَّ عَلَى مَنْ أَطَاعَ وُلَاةَ الْأَمْرِ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ، كَانَ عَاصِيًا وَأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَهِّدُ لَهُ عُذْرًا عِنْدَ الله، بَلْ إِثْمُ الْمَعْصِيَةِ لَاحِقٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَوْلَا الْأَمْرُ لَمْ يَرْتَكِبْهَا، وَعَلَى هَذَا يَدُلُّ هَذَا الْحَدِيث. عون المعبود (٦/٥١).

(٢) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٤٦٥) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثني أبو بكر بن نافع، واسمه أبو بكر، مولى زيد بن الخطاب. و«أبو داود» (٤٣٧٥) قال: حدثنا جعفر بن مسافر، ومحمد بن سليمان الأنباري، قالا: أخبرنا ابن أبي فديك، عن عبد الملك بن زيد، نسبه جعفر بن مسافر إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل. و«النسائي» في «الكبرى» (٧٢٥٣) قال: أخبرني إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني، قال: حدثنا ابن أبي مريم، قال: حدثنا عطاف بن خالد، قال: أخبرني عبد الرحمن بن محمد بن

أمره بعد ذلك فيكون ذلك إنذارًا منه وقال عليه السلام: "قَدْ أَعْذَرَ مَنْ أَنْذَرَ"، فإن عصاه بعد ذلك من غير عذر أدبه ليكون ذلك فطامًا له وزجرًا لغيره عن إساءة الأدب لمخالفة أمره، فإن شد العدو على الساق فلا بأس بأن يعينهم أهل الميمنة والميسرة إذا خافوا عليهم؛ لأنهم تواعدوا على النصرة حين اجتمعوا على المحاربة، ومن لا يعين غيره لا يعينه غيره عند حاجته ونزول نائبته وفي ترك التعاون ظهور العدو عليهم، فإذا ظهر العدو على الساق يقصدون أهل الميمنة والميسرة من ذلك الجانب فعليهم أن يدفعوا عن أنفسهم بالدفع عن إخوانهم، وإذا كان ذلك يخلُّ بمراكزهم فلا ينبغي لهم أن يعاونوهم؛ لأن الإمام فوض لهم حفظ ذلك عينا فيحرم عليهم تضييع ذلك والاشتغال بحفظ ما هو مفوض إلى غيرهم.

وإن أمرهم الإمام أن لا يبرحوا من مراكزهم ونهى أن يعين بعضهم بعضا فلا ينبغي لهم أن يعصوه وإن خافوا على غيرهم؛ لأن طاعة الإمام فرض عليهم بدليل مقطوع به وما يخافونه موهوم والأصل فيه ما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرماة يوم أُحد أن لا يقوموا من موضع ولا يبرحوا من مراكزهم، فلما نظروا إلى المشركين قد انهزموا ذهبوا يطلبون الغنيمة**" فكانت هزيمة المسلمين من ناحيتهم.

كما قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا فَشِلۡتُمۡ وَتَنَٰزَعۡتُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِ وَعَصَيۡتُم مِّنۢ بَعۡدِ مَآ أَرَىٰكُم مَّا تُحِبُّونَۚ﴾ [آل عمران: ١٥٢]، وإذا تبارز المسلم والمشرك فلا بأس بأن يعين المسلمون صاحبهم إن قدروا على ذلك؛ لأن المشرك قاصد إلى قتلهم كما هو قاصد إلى قتل صاحبهم لو تمكن من ذلك، ولو لم يكن قاصدا قتلهم كان لهم أن يقتلوا لكونه مشركا محاربا فكيف إذا كان قاصدا قتلهم، ولا بأس بأن يخرج الجماعة الممتنعة إلى العلافة بغير إذن المولى فيعتلفون ثم يرجعون لوجود دلالة

=

أبي بكر بن محمد. و«ابن حبان» (٩٤) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا سعيد بن عبد الجبار، ومحمد بن الصباح، وقتيبة بن سعيد، قالوا: حدثنا أبو بكر بن نافع العمري.

ثلاثتهم: (أبو بكر بن نافع، وعبد الملك بن زيد، وعبد الرحمن بن محمد) عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم، عن عمرة، عن عائشة.

الإذن لأنهم يحتاجون إلى العلف ويشق عليهم استصحاب العلف من دار الإسلام ولا يجدون في دار الحرب من يشترونه منهم ولأنه أذن لهم فيما هو كبت وغيظ للعدو وفي أخذ العلوفة منهم تحقيق هذا أبلغ ولا ينبغي لهم أن يتفرقوا إلا بحيث يغيث بعضهم بعضًا إذا تفرقوا وبعد بعضهم عن بعض على وجه لا يمكنه أن يستغيث به إذا حزبه أمر كان معرضا نفسه للهلاك، فإنه لا يأمن من أن يجتمع عليه نفر من المشركين فيقتلوه.

وإن نهاهم الأمير عن الخروج للعلافة فلا ينبغي لهم أن يخرجوا وإن كانت لهم منفعة؛ لأن دلالة الإذن منعدمة بصريح النهي، وربما يكون النظر في هذا النهي إلا أنه ينبغي للإمام أن يبعث لذلك قوما؛ لأن حاجة الجيش إلى ذلك ماسة والإمام ناظر لهم، وإنما يتم النظر لهم إذا بعث لذلك قوما.

وإن نهى الأمير المسلمين عن قطع الشجر وهدم الأبنية فعليهم أن لا يفعلوا ذلك؛ لأن في ذلك النهي احتمال معنى النصر للمسلمين وهذا الصنع أدون من أمر الحرب، ولو نهاهم عن القتال فعليهم أن يمتنعوا عنه ما لم تأت ضرورة أو معصية وكذا إذا نهاهم عن هذه الخصلة والله أعلم.

(باب من يكره قتله من أهل الحرب ومن لا يكره)

(السير [الصغير][(١)]): وإذا ظفر الغزاة بالكفار فالإمام بالخيار إن شاء قتل الرجال من السبي، وإن شاء قسمهم بين الجند، وإن شاء منَّ عليهم وتركهم أحرارًا بالجزية؛ لأن في قتلهم دفع شرهم إذا خاف لحوقهم بدار الحرب كما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأهل خيبر، وفي استرقاقهم تحصيل منفعة المال للغانمين وتحصيل عوض مالي للمقاتل كما فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق فالإمام نصب ناظرًا فيفعل ما هو أصلح وأنظر لهم، فإن أسلموا لم يقتلهم لقوله صلى الله عليه وسلم: **"أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم"**، ولأنه اندفع شرهم بالإسلام لأنهم لم يبقوا محاربين، وقسمهم؛ لأنه يثبت

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

حق التملك للمسلمين بالقهر والغلبة؛ لأن أهل الحرب كانوا أرقاء وأموالا قبل الأخذ لأنهم عرضة للتمليك والآدمي لا يكون عرضة للتمليك إلا وأن يكون مرقوقا؛ فإذا استولوا عليه المسلمون ثبت لهم فيهم حق الملك وثبت لهم ضرب اختصاص، وإن لم يملكوهم حقيقة قبل الإحراز فلا يبطل حقهم فيهم بالإسلام فلم يعتقوا فنقسم بين الغانمين وبعد الإحراز صاروا مماليك لهم ولكن للإمام قتلهم إذا رأى مصلحة فيه بخلاف ما قبل الأخذ، فإن ثمة يبطل الرق؛ لأنه ليس في الإسلام إبطال حق أخذ، وإنما صاروا أرقاء للغريم فلا يبقون أرقاء بعد الإسلام ولا يقتل الصبي والمعتوه والمقعد والأعمى والمرأة والشيخ الكبير من الأسارى؛ لأن هؤلاء لا يقتلون قبل الأسر لعدم المحاربة منهم واندفاع شرهم لعدم صلاح نيتهم للقتال إلا إذا قاتلوا، فإنه يباح قتلهم، وكذا إن كان ملكا أو المرأة ملكة فلا بأس بقتلهم كسرا لشوكتهم، وكذا إن كان واحد منهم ذا رأي في الحرب يقتله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان أعمى وكذلك الرهبان يقتلون، وعند محمد لا يقتلون إذا لم يخالطوا الناس؛ لأنه اندفع شرهم لأنهم ممتنعين عن القتال في الحال كالنسوان، لهما: أنهم أهل للقتال؛ لأن بيئته صالحة للحراب ويقاتلون إذا وقعت الديرة عليهم وفي الحال يرجع إليهم في الرأي والمشورة فلا يندفع شرهم إلا بالقتل كالحربي المحترف بخلاف الشيخ الهرم والزَّمِنِ؛ لأن نيته غير صالحة للحراب، ويكره قتل ابنة المشرك وأمه المشركة وأجداده وجداته لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من المصاحبة بالمعروف البداية بالقتل وقال النبي صلى الله عليه وسلم لحنظلة لما استأذنه بقتل أبيه دعه يقتله غيرك، ولو قصد أبوه المشرك بالقتل للابن أن يقتله؛ لأنه قصد دفعه لا قتله ابتداء ودفع الهلاك عن نفسه واجب، ولأن الأب كان سببًا لإيجاد الولد فلا يجوز للولد أن يجعل نفسه آلة لإعدامه بالقصد إلى قتله إلا أن يضطر إلى ذلك فيكون الأب هو المكتسب لذلك السبب بمنزلة الجاني على نفسه على ما هو الأصل أن الملجأ بمنزلة الآلة للملتجي، ولهذا لا يحبس الأب بدين الولد ويحبس بنفقته؛ لأنه إذا منع نفقته فقد قصد إتلافه.

وعن عمير بن مالك رضي الله عنه: "قال رجل: يا رسول الله، إني لقيت أبي في العدو فسمعت منه لك مقالة مسيئة، فطعنته بالرمح فقتلته، فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم".

في هذا دليل أنه لا يستوجب بقتله شيئًا إذا قتله؛ لأن عليه السلام لم يأمره بشيء، فالسكوت عن البيان عند تحقق الحاجة لا يجوز وأولى الوجوه أن لا يقصده بقتله ولا يمكنه من الرجوع إذا تمكن منه في الصف ولكن يلجئه إلى موضع ويستمسك به حتى يجيئ غيره، ولا يكره قتل أخيه المشرك وعمه وخاله؛ لأنه لا يلزمه صلته وإحياؤه بالإنفاق عليه فكذلك إحياؤه بترك قتله وكذلك قتل ابنه؛ لأن الابن إذا كان محاربًا لا يجب على الأب إحياؤه بالنفقة حالة الحاجة فكذلك لا يجب إحياؤه بالكف عن قتله.

(باب ما يكره إدخاله دار الحرب وما لا يكره والمواصلة والإهداء إليهم)

(قال في السير الصغير): ولا يحمل التجار إليهم الكراع والسلاح والحديد وتحمل الأمتعة والأطعمة إليهم لما رُوي أن ثمامة بن أثال الحنفي سيد اليمامة منع الميرة من أهل مكة فقحطوا حتى أكلوا الكلاب والجيف، فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا فيه: بحق الرحم الذي بيننا وبينك أن تأمر ثمامة بأن يميرنا، فأمر بأن يميرهم.

فأما السلاح والكراع، فإنه آلة القتال فيكون إعانة لهم علينا فتكون إعانة على المعصية وقد نهينا عنه قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] والضرر على المسلمين في إدخال السلاح أكبر من ضرر إدخال الطعام؛ لأنه يمكنهم القتال بالسلاح ولا يمكنهم المقاتلة بقوة الطعام والثياب بدون السلاح فالنص الوارد في الطعام لا يكون واردا في السلاح هذا إذا كانوا محاربين ومستأمنين، وإن صاروا ذمة فلا بأس بإدخال الكراع والسلاح عليهم؛ لأنه بالذمة سقط حكم الحرب أصلا والتحقوا بالمسلمين بالأحكام ولا ينقل الحربي من دار

الإسلام إلى دار الحرب الكراع والسلاح والحديد والدقيق اشتراه في دار الإسلام مسلما كان أو كافرا؛ لأن فيه تقوية وإعانة لهم على حربنا والعبد عسى يقاتلنا فيصير حربيًا علينا فكان في معنى السلاح ولا يمتنع أن يرجع إلى دار الحرب بما جاء به من هذه الأشياء؛ لأنه يتناوله عقد الأمان؛ لأنه أخرجه من دار الحرب فيمكن من إدخاله؛ لأنه يصير بالإدخال كأنه لم يخرج وهذا لنفسه يدخلها دار الحرب، وإن كان فيه ضرر بالمسلمين؛ لأنه أخرجه فلا يمنع من إدخاله لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦] إلا إذا أسلم بعض عبيده؛ لأنه يمنع من إدخاله المسلم دار الحرب.

جاء بسيف فاشترى مكانه سلاحا آخر أو سيفا آخر خيرا منه لا يترك ومثله يترك والخروج به؛ لأنه إن كان خيرا فلأنه يدخل زيادة لم تكن فيه فيجب المنع عن إدخال الزيادة ولا يمكن إلا بعد المنع عن إدخال الأصل فيمنع من إدخال الكل، ولأن عقد الأمان لم يتناوله، وإن كان مثله فإدخال الثاني كإدخال الأول ولا يمنع من إدخال الأول فكذلك يكون مثلا له، ولأن عقد الأمان يتناوله؛ لأن هذا بدل الأول، وإذا باعه بالدراهم ثم اشترى بها سلاحا يمنع من إدخاله كيف ما كان؛ لأنه لما باع سلاحه بدراهم صار كأنه لم يدخله أصلا من دار الحرب، وإنما أخرج الدراهم، ولو أخرج دراهم واشترى بها سلاحا منع من إدخال دار الحرب فكذا هذا.

(السير الكبير): ولا بأس بإدخال المصاحف أرض الحرب لقراءة القرآن إذا دخل مع جند عظيم أو دخل تاجرا مستأمنا؛ لأن الغالب عليهم السلامة والظفر كذلك صنع الله تعالى بأوليائه وحزبه فالقرآن حبل الله تعالى المنير من اعتصم به نجا ومن استنصر به رجا فيترك يحمل المصحف أو يستنصر به ويكره له ذلك إذا خرج في سرية لا شوكة لهم أو جريدة خيل يخاف عليهم الانهزام؛ لأنه وقوع المصحف في أيدي أهل الحرب فيكون فيه تعريض المصحف للاستخفاف ونهيُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن في أرض العدو محمول على هذا. وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف وحملة القرآن فيخاف ذهاب شيء من القرآن بالوقوع في يد أهل الحرب ثم انتسخ ذلك حتى كثرت المصاحف وكثر القراء على ظهر القلب فلا بأس بالمسافرة بالقرآن في أرض الحرب لأنهم لم يستخفوا به لأنهم وإن كانوا لا يَقرُّون بأنه كلام الله، فإنهم يقرُّون

بأنه أفصح الكلام بأوجز العبارات وأبلغ المعاني والإشارات فلا يستخفُّون به كما لا يستخفُّون بسائر الكتب، والأصح ما ذكره محمد رحمه الله فإنهم يفعلون ذلك مغالطة للمسلمين وقد ظهر ذلك من القرامطة حين ظهروا على مكة جعلوا يستخفون ويستنجون بالمصاحف إلى أن قطع الله تعالى ديارهم، ولهذا منع الذمي من شراء المصحف، ولو اشتراه يجبر على بيعه كي لا يذهب به إلى دار الحرب يستخف به وكذلك كتب الفقه بمنزلة المصحف.

(فصل)

ولا بأس بأن يصل المسلم الكافر محاربًا كان أو ذميًا لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا، وأمر بدفع ذلك إلى أبي سفيان ابن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء مكة**، فقبل ذلك أبو سفيان وصفوان وقال: ما يريد ذلك محمد بهذا إلا أن يخدع شبابنا".

ولأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفي كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق وقال عليه السلام: "**بُعِثْتُ لِأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ**"(1). ورُوي: "**أنه عليه السلام كان يقبل هدايا المشركين**".

ثم قال محمد: ويكره لأمير الجيش أن يقبل هداياهم، فإن قبلها فليجعلها في جماعة المسلمين وتكلموا في هذا المعنى قيل أراد به كراهة التنزيه؛ لا كراهة التحريم؛ لأنه إذا قبل هداياهم لا يأمن أن يلاينهم على ما جاء في الحديث: "**الهدية تذهب وجراء الصدور**"، وقد أمرنا بالغلظة عليهم قال الله تعالى: ﴿وَلْيَجِدُوا۟ فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣] وقيل: لا يحل له أن يقبلها على أن يختص بها ولكن يقبلها على أن يجعلها في المسلمين لأنهم أهدوا إليه بمنعة المسلمين لا بنفسه.

وكذلك لو أهدوا إلى قائد من قواد المسلمين، بخلاف ما لو أهدوا إلى مبارز، فإن عزته وحرمته بشجاعته وقوة نفسه لا بمنعة المسلمين فتسلم له الهدية، وفي حق

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/٦٧٠، رقم ٤٢٢١) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (١٠/١٩٢، رقم ٢٠٥٧٢). وأخرجه أيضًا: الديلمي (٢/١٢، رقم ٢٠٩٨).

رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما كانت الهدية له؛ لأن عزته ومنعته بنفسه ولم تكن بالمسلمين لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِ﴾ [المائدة: ٦٧] ولم يتوهم في حقه الركون إليهم بقلبه إذا قبل هداياهم فلهذا قبلها واختلف الصحابة من بعده في حق جواز قبول الهدية من أمراء الجور على ما مر في كتاب الكسب، والله أعلم.

(باب بعث السَّرِيَّة [ونصب][(١)] الألوية)

(السير الكبير): قال محمد رحمه الله: وينبغي للإمام إذا بعث سرية قلَّت أو كثرت أن لا يتبعهم حتى يؤمِّر عليهم بعضهم؛ لما رُوي **"أن النبي صلى الله عليه وسلم داوم على بعث السرايا وأمَّر عليهم بعضهم في كل مرة"**، ولو جاز تركه لفعله مرة تعليما للجواز ولأنهم يحتاجون إلى اجتماع الرأي والكلمة والاستعداد للمحاربة وذلك لا يتحقق إلا بأمير يطاع وراع حتى إذا أمرهم بشيء أطاعوه والطاعة في الحرب أنفع من بعض القتال فلا تظهر فائدة الأمر بدون الطاعة قال عليه السلام: **"من أطاعني فليطع أميري ومن عصى أميري فقد عصاني"**[(٢)].

وكذلك إذا كانا رجلين ليس معهما غيرهما فالأفضل أن يؤمَّر أحدهما على صاحبه؛ لأن ذلك أحرى أن يتطاوعا ولا يختلفا، وكذلك المسافرون إذا خافوا

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وعقد.

(٢) أخرجه «البخاري» ٩/٧٧ (٧١٣٧) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، عن يونس. و«مسلم» ٦/١٣ (٤٧٧٧) قال: حدثني حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٤٧٧٨) قال: وحدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا مكي بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن جريج، عن زياد. و«النسائي» ٧/١٥٤، وفي «الكبرى» (٧٧٦٨) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، أن زياد بن سعد أخبره. وفي «الكبرى» (٨٦٧٤) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، قال: أخبرني زياد (ح) وأخبرنا محمد بن نصر، قال: حدثنا أيوب بن سليمان، قال: حدثنيه أبو بكر، عن سليمان، عن محمد، وموسى.

خمستهم: (معمر بن راشد، وزياد بن سعد، ويونس بن يزيد، ومحمد بن أبي عتيق، وموسى بن عقبة) عن ابن شهاب الزهري، أن أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره، فذكره.

اللصوص فينبغي لهم أن يؤمّروا عليهم أميرًا ليطيعوه ولا يصدروا عن رأيه عند الحاجة إلى القتال، وينبغي أن يستعمل على ذلك البصير بأمر الحرب الحسن التدبير للملك غير المقبح بهم في المهالك ولا يمنعهم عن الفرصة على ما قيل: الفرصة خلسة؛ لأنه إذا منعهم عن الفرصة يفوتهم ما لا يمكنهم استدراكه، فإذا أقبح في المهالك من جرائه لم يجدوا بدًّا من متابعته ثم يخرج هو بقوته والجند لا يقدرون عليه فهلكوا. ويحكى عن نصر بن يسار قال: اجتمع عظماء العجم على أن من كان صاحب جيش فينبغي أن يكون فيه عشر خصال من خصال البهائم: شجاعة كشجاعة الديك، وتحنن كتحنن الدجاجة يعني: الشفقة، وقلب كقلب الأسد، وغارة كغارة الذئب، وحملة كحملة الخنزير، وصبر كصبر الكلب، وحرص كحرص الكركي، وروغان كروغان الثعلب أي: الحيل، وحذر كحذر الغراب، وسمن كسمن الدابة التي لا ترى مهزولة أبدًا وهي تكون بخراسان، فإن كان الأمير لا بصر له بذلك فليجعل معه وزيرًا يبصره بذلك قال الله تعالى: ﴿وَٱجْعَل لِّى وَزِيرًا مِّنْ أَهْلِى ﴿٢٩﴾ هَٰرُونَ أَخِى ﴿٣٠﴾ ٱشْدُدْ بِهِۦٓ أَزْرِى ﴿٣١﴾ وَأَشْرِكْهُ فِىٓ أَمْرِى ﴿٣٢﴾﴾ [طه: ٢٩ - ٣٢]، فإن لم يجعل معه وزيرًا فليدع الأمير قومًا من السَّرِيَّة متبصرين ذلك فيشاورهم ويأخذ بقولهم؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يشاور الصحابة حتى في قوت أهله وإدامهم وبذلك أمر الله تعالى بقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] وقال عليه السلام: "**ما هلك قوم عن مشورة**".

وينبغي للإمام أن يبعث السرية في أول النهار، ذُكر عن صخر العامري: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**اللهم بارك لأمتي في بكورهم**"(١)، وكان إذا بعث سرية بعثهم أول النهار.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢/٥١٦ (٣٤٣٠٦) قال: حدثنا هشيم. و«أحمد» ٣/٤١٦ (١٥٥١٧) و٤/٣٨٤ (١٩٦٥٠) و٤/٣٩١ (١٩٧١٠) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٣/٤١٧ (١٥٥٢٢) وفي ٣/٤٣١ (١٥٦٤٢) و٤/٣٩٠ (١٩٧٠٨) قال: حدثنا هشيم. وفي ٣/٤٣٢ (١٥٦٤٣) و٤/٣٩٠ (١٩٧٠٩) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة. و«عبد بن حميد» (٤٣٢) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا شعبة. و«الدارمي» (٢٥٩٢) قال: حدثنا =

فيه دليل أن لصاحب الحاجة ينبغي له أن يبكر للسعي في حاجته فذلك أقرب في تحصيل مراده ببركة دعاء الرسول صلى الله عليه وسلم.

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: **"البكرة رباح"** أو **"نجاح"**، ولأجل هذا استحبوا الابتكار لطلب العلم، وقيل: إنما ينال العلم ببكور كبكور الغزوات.

وقيل: ينبغي أن يختار لذلك الخميس أو السبت، قال عليه السلام: **"بارك لأمتي في بكورها بسبتها وخميسها"**.

وأفضل السرية أربعمائة، وأن لا يبعث أقل من ثلاثة قال عليه السلام: **"الأصحاب أربعة، وخير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثنا عشر ألفًا عن قلة إذا كانت كلمتهم واحدة"**(١)، ولم يرد أن ما دون الأربعمائة لا

=

سعيد بن عامر، عن شعبة. و«ابن ماجه» (٢٢٣٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا هشيم. و«أبو داود» (٢٦٠٦) قال: حدثنا سعيد بن منصور، قال: حدثنا هشيم. و«الترمذي» (١٢١٢) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا هشيم. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٧٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٤٧٥٤) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا هشيم. وفي (٤٧٥٥) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة.

كلاهما: (هشيم بن بشير، وشعبة بن الحجاج) عن يعلى بن عطاء، عن عمارة بن حديد، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٢٩٤/١ (٢٦٨٢) قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس يحدث. وفي ٢٩٩/١ (٢٧١٨) قال: حدثنا يونس، قال: حدثنا حبان بن علي، قال: حدثنا عقيل بن خالد. و«عبد بن حميد» (٦٥٢) قال: أخبرنا وهب بن جرير بن حازم، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي يحدث. و«الدارمي» (٢٥٩٥) قال: أخبرنا محمد بن الصلت، قال: حدثنا حبان بن علي، عن يونس، وعقيل. و«أبو داود» (٢٦١١) قال: حدثنا زهير بن حرب، أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس. و«الترمذي» (١٥٥٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى الأزدي البصري، وأبو عمار، وغير واحد، قالوا: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، عن يونس بن يزيد. و«أبو يعلى» (٢٥٨٧) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي

=

يكون سرية وإنما مراده أنهم إذا بلغوا أربعمائة فالظاهر من حالهم أنهم لا يرجعون من دار الحرب قبل نيل المراد.

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث حذيفة بن اليمان في بعض أيام الخندق سرية واحدة، وبعث دحية الكلبي سرية وحده، ولأنه ليس المقصود من بعث السرية القتال فقط، بل تارة يكون المقصود أن يجس خبر الأعداء فيأتيه بما عزموا عليه من الشر، ويمكن ذلك للواحد أكثر من الاثنين من الدخول بينهم وهم لا يعلمون لتحصيل المقصود أظهر من أن يمكن الثلاثة، وقد يكون المقصود أن يأتيه أحدهما بالخبر ويمكث الآخرين الأعداء ليقف على ما يتحدد لهم من الرأي بعدما ينفصل عنهم الواحد، وهذا يتم بالمثنى، وقد يكون المقصود هو القتال أو التوصل إلى قتل بعض المبارزين منهم غيلة وبالثلاثة فصاعدا يحصل هذا المقصود فلهذا كان الرأي فيه للأمير يعمل ما فيه نظر للمسلمين.

(فصل)

وينبغي أن تكون ألوية المسلمين بيضاء، والرايات سوداء، على هذا جاءت الأخبار، ورُوي عن راشد بن سعد رضي الله عنه قال: كانت راية رسول الله صلى الله عليه وسلم سوداء ولِواهُ بيضًا[1]، وقال عروة بن الزبير: كانت راية رسول الله

=

يحدث. وفي (٢٧١٤) قال: حدثنا حجاج بن يوسف، قال: حدثنا يونس بن محمد، وحجين بن المثنى، قال يونس: حدثنا حبان بن علي، عن عقيل. و«ابن خزيمة» (٢٥٣٨) قال: حدثنا محمد بن خلف العسقلاني، وإبراهيم بن مرزوق، وعمي إسماعيل بن خزيمة، قالوا: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد يحدث. و«ابن حبان» (٤٧١٧) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي يحدث. كلاهما: (يونس بن يزيد، وعقيل بن خالد) عن ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، فذكره.

(١) أخرجه الترمذي (١٩٦/٤، رقم ١٦٨١)، ابن ماجه (٩٤١/٢، رقم ٢٨١٨)، وأخرجه الحاكم على أنه شاهد (١١٥/٢)، وهو عند أبي يعلى (٢٥٧/٤، رقم ٢٣٧٠)، والطبراني في "الكبير" (٢٢/٢، ٢٠٧/١٢).

صلى الله عليه وسلم سوداء من برد لعائشة يدعى العقاب، وهو اسم رايته، كما تسمى عمامته السحاب، وفرسه السكب، وبغلته الذلول.

ثم اللواء اسم لما يكون للسلطان، والراية اسم لما يكون لكل واحد يجتمع جماعة تحت رايته، وإنما استحب في الرايات السوداء في حالة القتال ليتمكنوا من الرجوع إلى رايتهم والسواد في ضوء النهار أبين في الهواء وأشهر من غيره خصوصًا في الغبار فأما لا بأس به بأن يجعل الرايات بيضاء أو حمراء أو صفراء، وإنما يختار الأبيض في اللواء لقوله صلى الله عليه وسلم: **"إن أحب الثياب إلى الله تعالى البيض"**(١).

واللواء لا يكون إلا واحدًا في كل جنس ورجوعهم إليه عند حاجتهم إلى دفع أمورهم إلى السلطان فيختار الأبيض كذلك ليكون مميزًا من الرايات السوداء التي هي للقواد.

قال محمد: وينبغي أن يتخذ كل قوم شعارًا إذا خرجوا من مغازيهم، وينبغي أن يكون لكل راية شعارًا معروفًا حتى إن ضل رجل عن أصحابه وعن أهل رايته تأدى بشعاره فيتمكن من الرجوع إليهم، ولو لم يفعلوا لم يأثموا ولكنه أفضل والشعار هو العلامة فالخيار في ذلك للإمام إلا أنه ينبغي أن يختار كلمة دالة على ظهورهم على العدو بطريق التفاؤل وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعجبه الفأل الحسن(٢).

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٣٥٦٧) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (٢٨١٠)، وفي «الشمائل» (٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«النسائي»، في «الكبرى» (٩٥٦٤) قال: أخبرنا أبو الأشعث، أحمد بن المقدام العجلي، عن يزيد بن زريع، قال: حدثنا سفيان الثوري، عن حبيب بن أبي ثابت. كلاهما: (حبيب، والحكم بن عتيبة) عن ميمون بن أبي شبيب، فذكره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٩/٤٠ (٢٦٩٢٤) قال: حدثنا علي بن مسهر. و«أحمد» ٢/٣٣٢ (٨٣٧٤) قال: حدثنا محمد بن بشر. و«ابن ماجه» (٣٥٣٦) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«ابن حبان» (٦١٢١) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عبدة بن سليمان.

=

(فصل)

وإذا التقت السريَّتان ليلا من المسلمين وكل واحد يرى أن صاحبها من المشركين فاقتتلوا فأجلوا عن قتلى ثم علموا فلا شيء عليهم؛ لما رُوي أن جابر بن عبد الله قال: خرجت طليعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الخندق ليلا فالتقتا تحت الليل ولا يشعر بعضهم ببعض ولا يظنون إلا وأنهم العدو، وكانت بينهم جراحات وقتلى ثم تنادوا بإشعار الإسلام فكف بعضهم عن بعض، وذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**جراحاتكم في سبيل الله، ومن قتل منكم فهو شهيد**" بخلاف ما لو كان المسلمون يقاتلون المشركين فقتل مسلم مسلما على ظن أنه مشرك أو رمى إلى مشرك فرجع السهم وأصاب مسلما فقتله فعليه الديّة والكفارة، وهذا هو صورة الخطأ والفرق بينهما أن المقتول هنا ما كان قاصدًا صاحبه فكان جزية نفسه وعصمة دمه باقية في حقه فيجب الديّة صيانة لدمه عن الهدر وفي الأول كان قاصدا إلى قتل صاحبه؛ لأن كل واحدة من السريتين قتلت الأخرى دفعًا عن أنفسهم وذلك الدفع مأمور به شرعًا يستوجب سقوطه حرمة نفسه وحقن دمه والله عز وجل أعلم بالصواب.

(القسم الثاني في الأمان والموادعة والمصالحة)

(باب ما يكون أمانا وما لا يكون)

(السير الصغير) يحتاج معرفة: جواز الأمان، وركنه، وشرطه، وحكمه.

أما جوازه: فبانت بالكتاب والسنة والمعقول وإجماع الأمة:

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦].

=

ثلاثتهم: (علي بن مسهر، ومحمد بن بشر، وعبدة بن سليمان) عن محمد بن عمرو بن علقمة، قال: حدثنا أبو سلمة، فذكره.

وأما السنة: قوله عليه السلام: "**المسلمون يد على من سواهم وتتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم**"[(١)] أي كلمتهم ونصرتهم واحدة للمعاونة على المحاربة ودماؤهم متكافئة متساوية ويسعى بذمتهم أي بأمانهم جميع المسلمين ويرد عليهم أقصاهم أي ما غنمت السرية فلهم المسمى لهم وردوا ما هي على جميع الغانمين أخبر أن الواحد يسعى بذمته جميعهم[(٢)].

ورُوي أَنَّ زَيْنَبَ ابْنَةَ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَّنَتْ زَوْجَهَا فَأَجَازَ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَانَهَا[(٣)].

وأما المعقول: وهو أن الأمان بمعنى الجهاد والقتال؛ لأن القتال إنما شرع لإعلاء كلمة الله تعالى ودفع شر الكفر وإطفاء ثائرتهم وكسر شوكتهم وربما لا يحصل دفع شرهم إلا بالأمان بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفار قوة فيتبدل الأمان ليدفع شرهم عن المسلمين فيكون جهادا معنى، وذلك جائز وعلى هذا أجمعت الأمة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٦٨٤) قال: حدثنا إبراهيم بن سعيد الجوهري، قال: حدثنا أنس بن عياض، أبو ضمرة، عن عبد السلام بن أبي الجنوب، عن الحسن، فذكره.
وأخرجه عبد الرزاق (١٨٥٠٦) عن ابن جريج، قال: أخبرني أبو قزعة. و«ابن أبي شيبة» (٢٨٥٤٨) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا أبو الأشهب. كلاهما: (أبو قزعة سويد بن حجير، وأبو الأشهب جعفر بن حيان) عن الحسن البصري؛ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون يد على من سواهم، تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل مسلم بكافر، ولا ذو عهد في عهده».
ولفظ أبي الأشهب: «عن الحسن، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المسلمون تتكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»، «مرسل».
وأخرجه ابن عدي، في «الكامل» ٢٥/٧، في ترجمة عبد السلام بن أبي الجنوب، وقال: وعبد السلام بن أبي الجنوب بعض ما يرويه لا يتابع عليه، منكر.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٠٦/٧، ١٠٧، وابن عابدين ٢٢٦/٣، والقوانين الفقهية ١٥٩، والشرح الصغير ٢٨٧/٢، وروضة الطالبين ٢٧٩/١٠، وكشاف القناع ١٠٤/٣، والمغني ٣٩٧/٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٢٤/٥) والبيهقي في السنن (٩٥٩/٩) من حديث عبد الله البهي، وقال البيهقي: "وهو مرسل".

وأما ركنه: فسيأتي.

وأما شرطه: أن يكون الأمن ممتنعًا مجاهدًا يخاف منه الكفار حتى لو لم يكن ممتنعا لا يصح أمانه؛ لأن الأمان إنما شرع لإثبات الأمن، وإنما يتصور إثبات الأمن بعد تحقق الخوف والخوف إنما يتحقق من الممتنع والأمان منه لا يفيد فائدته فلا يصح، وكذا إنما يصح الأمان بشرط أن يكون خيرًا للمسلمين بأن كان بالمسلمين ضعف وفترة وبالكفرة قوة وشوكة أو عند الحاجة إلى الاستعداد للقتال أو المحاورة إلى قوم أخر فأما عند عدم الضرورة فلا؛ لأنه ليس بجهاد.

وأما حكمه: هو ثبوت الأمان الكفرة غير لازم حتى كان للإمام أن ينقض الأمان إذا رأى المصلحة فيه ولكن يخبرهم بذلك ثم يقاتلونهم حتى لا يكون عذرًا وتعزيزًا، وكذلك الموادعة وهو الصلح على ترك القتال مدة بمال أو تبعها مال على ما يأتي في بابه ثم الألفاظ التي يقع بها الأمان على نوعين صريح وكناية.

أما الصريح فقوله: أمنت وأودعت أو لا تخافوا أو لا تذهل أو لا بأس عليك أو لكم عهد الله أو ذمته أو تعال أو اسمع الكلام؛ فهو أمان ويصح بأي لسان كان لحديث عمر رضي الله عنه، فإنه كتب إلى جنوده بالعراق إنكم إذا قلتم لا تخف أو مترسي أو لا تذهل فهو أمان، فإن الله تعالى يعلم الألسنة كلها، ولأن الأمان التزام الكف على التعرض له بالقتل والسبي حقا لله تعالى والله تعالى لا يعزب عنه مثقال ذرة ولا يخفى عليه خافية.

(السير الكبير): وإذا أمنهم بلسان لا يعرفه أهل الحرب ويعرفه المسلمون يصح أمانهم؛ لأن معرفته بذلك حقيقة أمر باطن لا يمكن تعليق الحكم به فتعليق الحكم بالسبب الظاهر الدال عليه وهو استماعهم كلام الأمان، ولهذا شرطنا الاستماع حتى إذا كانوا بالبعد منهم على وجه يعلم أنهم لم يسمعوا لا يكون أمانًا، ثم لعله كان فيهم ترجمان يعرف معنى نداء المسلمين فيوقفهم على ذلك، ولو لم يثبت الأمان به كان نوع عذر من المسلمين حيث بدؤوا بلغة لا يفهمون بها فلا يبطل به حكم الأمان في حقهم، فأما إذا كانوا بحيث لا يسمعون كلامهم فإنما لم يقفوا عليه لمعنى من جهتهم وهو أنهم لم يفرقوا من المسلمين فلم يصح الأمان في حقهم، وإذا أخذ

المسلم أسيرا من المشركين فحين أراد قتله قال للمسلمين: الأمان الأمان، فقال له المسلم: الأمان الأمان، وإنما أراد به رد الكلام على وجه التغليظ والاستهزاء عليه فلا بأس له بأن يقتله، ولكن من سمع هذه المقالة يمنعه من قتله ولا يصدقه فيما ادعى من مراده؛ لأن سياق كلامه من حيث الظاهر أمان ولكنه مجمل لما أراده إلا أن ذلك في ضميره لا يقف عليه غيره فلا يصدقه الأمين وغيره والله تعالى مطلع على ما في ضميره فوسعه قتله فيما بينه وبين ربه، ولو قال له المسلم: الأمان الأمان؛ بطلب وقال: لا تعجل حتى ننظر ما يكفي، فهذا لا يكون أمانا ولا بأس بقتله له ولغيره؛ لأن في سياق كلامه تنصيص على معنى التهديد وسياق الكلام دليل على ترك الحقيقة ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْۚ إِنَّآ أَعْتَدْنَا لِلظَّٰلِمِينَ نَارًا﴾ [الكهف: ٢٩] أنه زجرٌ وتوعيد وتوبيخ لا أمر وتحقيق وطلب باعتبار سياق الكلام، وقوله تعالى: ﴿ٱعْمَلُواْ مَا شِئْتُمْ﴾ [فصلت: ٤٠]؛ لأنه تهديد وليس بأمر وتقدير، كذلك الرجل إذا قال لغيره: افعل في مالي ما شئت إن كنت رجلا أو افعل بي ما شئت إن كنت صادقا؛ لا يكون إذنا بل يكون زجرًا وتقريعًا، فكذا هذا، ولو نادى مشرك من الحصن قبل أن يظفر به: الأمان الأمان، فقال له المسلم: الأمان الأمان؛ فرمى بنفسه إلى المسلم فقال الذي أمَّنه: إنما أردت التهديد لم يلتفت إلى كلامه وخلى سبيله لأن ما في ضميره لا يعرفه المشرك فلو اعتبر ذلك أدى إلى الغرور وذلك حرام بخلاف الأسير، فإنه صار مأخوذا مقهورا فلا يتحقق معنى الغرور بينه وبين المسلم فيعتبر ما في ضميره في حقه خاصة وأما الكنايات والإشارات، ولو قال المسلم للحصور: الأمان الأمان ما أبعدك من ذلك، أو انزل إن كنت رجلا، فرمى المشرك نفسه فهو في تجوز قتله؛ لأنه لم يعده بشيءٍ؛ لأنه أسمعه ما هدده به وبين أن كلامه تهديد وليس بتحقيق للأمان، ألا ترى أن الرجل يقول لآخر: لي عليك ألف، فقال الآخر: لك علي ألف مما أبعدك من ذلك، فإن كلامه لا يكون إقرارا، وأما إذا سمعه ذكر الأمان فلم يسمعه ما وصل به فهو آمن؛ لأنه يعتبر في حقه ما أسمعه دون ما لم يسمعه وما لم يسمعه بمنزلة ما في ضميره لو اعتبر أدى إلى الغرور وإنه حرام، ولو أن مسلما من العسكر أشار إلى مشرك في حصن أو منعةٍ لهم تعال وظن المشركون أن ذلك أمان كان أمانا إذا كان هذا الصنع معروفا فيما بينهم أنه كان أمانًا

لحديث عثمان: أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو: أن تعال قائلا: إن جئت قتلتك؛ فأتاه فهو آمن وتأويل هذا إذا لم يفهم قوله: إن جئت قتلتك؛ أو لم يسمع فأما إذا علم وسمعه وجاءه مع ذلك فهو في؛ لأن دلالة الحال والعرف سقط اعتباره إذا صرح بخلافه، ألا ترى أنه لو قال: تعال إن كنت تريد القتال أو إن كنت رجلا أو تعال حتى تنظر ما أفعله بك، وهذا كلام تهديد لا كلام أمان، فأما قوله: تعال؛ مطلقًا كلام موافقة ومسالمة وكذلك أشار به بالأصابع إلى السماء فيه بيان أعطيك دمه إله السماء أو أنت آمن مني بحق إله السماء فهو بمنزلة قوله: أمنتك.

وذكر في (المنتقى): لو أشار المسلم بإصبعيه إلى السماء للرجل من العدو فأمنه قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس هذا بأمان.

وقال أبو يوسف: إذا أشار إليه هلم؛ فأتاه فهو آمن استحسانًا، وإذا خرج مسلم من دار الحرب ومعه حربي فقال: أمنته؛ بالعربية، وقال الحربي: أمنتني بالفارسية أو اختلفا في وقت الأمان أو في المكان أو في الكتاب أو في الرسالة والأمان في اللسان فهو آمن لأنهما اتفقا على ما هو المقصود والأمان مما يعاد ويكرر فالاختلاف في هذه الأشياء لا يمنع الحكم بما هو المقصود.

ولو قال المسلم: أسلم فخرج معي وقال الحربي: بل أمنتني فهو آمن لأن الاختلاف بينهما في الحكم المطلوب بسبب، فإن المسلم يستفيد الأمان بإيمانه والمستأمن يستفيد الأمان من جهة من أمنه فمع اختلافهما لا يثبت واحد من الأمرين.

ولو قال المسلم: أعطيته دمه، وقال الحربي: بل أمنتني؛ فهو آمن لأنهما اتفقا على الحكم وهو ثبوت الأمان له من جهة هذا المسلم، وإن اختلفا في سببه والمسلم يدعي عليه زيادة وهو احتباسه في دارنا والتزامه الجزية فلا تثبت تلك الزيادة لمجرد قوله ويبقى أصل الأمان له باتفاقهما عليه فيرجع إلى دار الحرب إن شاء.

(باب طلب الأمان وما يدخل فيه وما لا يدخل فيه)

(السير الكبير): ولو نادى واحد من منعه المشركين المسلمين بالأمان فهو آمن

بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ الآية [التوبة: ٦] وقوله تعالى: ﴿۞ وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]، وكذلك لو كان معه السلاح إلا أنه ليس عليه هيئة رجل يريد القتال؛ لأنه ربما استصحب السلاح ليبيعه في عسكر المسلمين أو خاف ضياعه إن خلفه عندهم واستصحبه صيانة منه لسلاحه، وإن كان أقبل سالًا سيفه مادًا رمحه نحو المسلمين فلما كان في موضع لا يكون ممتنعا نادى بالأمان فهو فيء؛ لأن الظاهر من حاله أنه أقبل مقاتلا؛ لأن بناء الأمر على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته وغالب الرأي شاهد عدل فيما لا يمكن معرفته حقيقة، ألا ترى أن من دخل على إنسان شاهرا سيفه لا يدري أهارب أو سارق، فإنه بحكم حاله، فإن كان فيه سيماء الخير وغالب رأيه أنه هارب لا يسعه أن يقتله.

ولو أن عسكر المسلمين في دار الحرب وجدوا رجلًا وامرأة فقال: حيث اطلب الأمان؛ ينظر إن لم تكن لهم به علم حتى هجموا عليه فهو فيء، ولا يصدق في ذلك؛ لأن الظاهر يكذبه؛ لأنه كان مختفيا منهم إلى أن هجموا عليه وهذا يليق بحال ما يأتيهم مغيرا لا مستأمنا فالظاهر أنه يحتال بهذه الحيلة بعدما وقع في الشبكة فلا يصدق، ولأنه كان ممتنعا في موضع لا يقدر عليه المسلمون فلما أراد المسلمون أن يقتلوه أقبل إليهم فهو فيء، وللإمام أن يقتله؛ لأنه حين أراد المسلمون أسره وقتله كان هو متمكنا من أن ينادي بالأمان فيعلم أيؤمنونه أم لا؟ وقد كان ممتنعا في ذلك الموضع فحين ترك النداء بالأمان فهو الذي لم ينظر لنفسه بعد التمكن فالظاهر أنه أقبل، رادًا يقصد المسلمين فحين لم يتمكن من ذلك احتال بهذه الحيلة، وإن لم يعرض له المسلمون يقتل ولا أسير فاقبل إليهم حتى أتاهم وهو آمن؛ لأن إقباله إليهم دلالة المسالمة فهو بمنزلة النداء بالأمان بخلاف الأول؛ لأن إقباله بعد قصد المسلمين دليل على أنه أراد رد قصدهم بالقتال، وأما إقباله قبل المسلمين دليل على أنه قصد المسالمة والموافقة، ألا ترى أن تجارهم هكذا يدخلون دار الإسلام من غير أن ينادوا بطلب الأمان.

ولو وجدوا رجلا عليه سلاح في مؤخر العسكر أو عن يمينه أو عن يساره

يعارض العسكر فلما أبصروا به دعا إلى الأمان كان فيئًا؛ لأن الظاهر من حاله أنه كان متجسسا أو على قصد أن يثبت المسلمين، فإن أشكل حاله أنه مستأمن أو غير مستأمن فينبغي للأمير أن يخرجه إلى دار الإسلام ويجعله ذمة؛ لأن عند الاشتباه يجب الأخذ بالاحتياط والأحوط أن لا يقتله ولا يجعله فيئًا لاحتمال أنه جاء مستأمنا ولا يرده إلى مأمنه لاحتمال أنه جاء مغيرًا فلا يبطل حكم جزيته ولا يجوز إراقة دمه بالمحتمل فيبقى حرا محتبسا في دارنا على التأبيد، فإن أسلم فهو حر لا سبيل عليه وإن رأى أي وضع عليه الخراج.

وكذلك القوم من أهل الحرب يريدون دخول دار ولا يقدرون على أن ينادوا بالأمان إلا في موضع لا يكون فيه ممتنعين فنادوا حيث انتهوا إلى ذلك المكان فهم آمنون لأنهم أتوا بما في وسعهم.

ولو جاء أهل منعة فاستأمنوا، فإن شاء المسلمون أمنوهم وإن شاؤوا لم يأمنوهم؛ لأن أهل المنعة في دار الإسلام كهم في دار الحرب أو في حصونهم لكونهم ممتنعين، ولو كانوا مستأمنين كان للمسلم أن ينبذ إليهم إن كان في منعتهم لهم أيضًا أن يمتنعوا من إعطاء الأمان نظر الأول وأما إذا كانوا مستأمنين غير ممتنعين لم يجز نبذ الأمان إليهم حتى يلحقهم عامتهم فكذا إذا جاؤوا طالبين للأمان حتى صاروا غير ممتنعين والله أعلم.

(باب من يدخل بالأمان ومن لا يدخل)

(السير الكبير): ثم الاستئمان للغير على أنواع: للأهل، والذرية، والوالد، والولد، والابن، والأخوة.

أما الأهل: لو قال: أمنونا على أهلينا، فقالوا: أمناهم، فهو فيء وأهلوهم آمنون؛ لأنهم طلبوا الأمان لأهليهم ولم يذكروا أنفسهم صريحا ولا كناية ولا دلالة؛ لأن الإنسان لا يكون من أهل نفسه، وإنما أهله غيره؛ لأن المضاف غير المضاف إليه، وقد حكي أن مثل هذه الحادثة وقعت في زمن معاوية وقد كان الذي يسعى في طلب الأمان للجماعة قد آذى المسلمين فقال معاوية: اعقله عن نفسه فطلب الأمان

لأهله وقومه ولم يذكر نفسه فأخذ وقتل، وإن قالوا: يخرج إليكم على أن يراوضكم في الأمان على أهلينا، فقالوا لهم: اخرجوا؛ فلما خرجوا فهم وأهلهم آمنون؛ لأنهم لما أمروهم أن يخرجوا للمراوضة على الأمان فهذا أمان منهم لهم، ألا ترى أنه لو لم يتهيَّا بينهم أمان في شيء كان عليهم أن يردوهم إلى مأمنهم ولا يعرضوا لهم بشيء.

وأما الذرية: لو قالوا: أمنونا على ذرارينا فأمنوهم على ذلك فهم آمنون وأولادهم وأولاد أبنائهم وإن سفلوا؛ لأن اسم الذرية يعم جميع ذلك فذرية المرء فرعه الذي هو متولد منه وهو أصل لذريته، ألا ترى أن الناس كلهم ذرية آدم ونوح عليهما السلام قال الله تعالى: ﴿أُولَٰئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ آدَمَ﴾ الآية [مريم: ٥٨] ولا يدخل أولاد البنات في ذلك.

وذكر بعد ذلك ما يدل على أنه يدخل أولاد البنات في ذلك، وجه الرواية الأولى أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الأم، ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء من ذرية آبائهم كما قال المأمون: فإنما أمهات الأولاد أوعية مستودعات والإنسان من الآباء. وجه الرواية الأخيرة أن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل، والأب والأم أصلان في اتحاد الولد، والتولد، والتفرع في جانب الأم راجح؛ لأن ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها في رحمها، وإنما يكون الولد متولدًا منها بواسطة ماء الفحل، فإذا جعل الناقلة من ذرية أب أبيه فكذلك يجعل من ذرية أمه وأما الأولاد لو قال لهم: أمنونا على أولادنا؛ يدخل فيه أولاد الأبناء ولا يدخل أولاد البنات لما يأتي في الوصايا.

وأما الإخوة: لو قالوا: آمنونا على إخوتنا ولهم إخوة وأخوات فهم آمنون؛ لأن اسم الإخوة عند الإطلاق للذكور والإناث قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١٧٦] وفي الحقيقة الصيغة للذكور إلا أن مذهب العرب عند اختلاط الذكور والإناث وإطلاق اسم الذكور على الكل والمستعمل بهذه الصفة بمنزلة الحقيقة والأخوات المفردات لا يدخلن في الأمان؛ لأن الإناث المفردات لا يتناولهن اسم الذكور.

وكذلك لو قال: أمنونا على أبنائنا؛ ولهم بنون وبنات فهم آمنون جميعًا كما في

الإخوة، قيل جوابه في الفصلين قولهما، وقول أبي حنيفة رحمه الله أولا وعلى قوله الآخر يتناوله الذكور خاصة بمنزلة الوصية لبني فلان أو لإخوة فلان والأصح أن هذا قولهم جميعًا، وأبو حنيفة فرق بين الوصية والأمان والفرق أنه موسع في باب الأمان وتجري فيه المساهلة ما لا يتوسع في باب الوصية، وأبو حنيفة في الوصية اعتبر الحقيقة لا غير وهي أن اسم الذكور لا يتناول الإناث وفي الأمان يعتبر الحقيقة وما يشبه الحقيقة بطريق الاستعمال احتياطا في باب الأمان وهذه الصيغة لا تتناول الإناث المفردات إلا إذا كان المضاف إليه أن القبيلة والمراد به النسبة إلى القبيلة والإناث المفردات بهذا اللفظ كالذكور.

وقال بعض مشايخنا: إنه يعذر منه كلام يستدل به على أنه أراد بالأمان الإناث بأن قال ليس لي إلا هؤلاء البنات والأخوات وأمنوني على بني أو على أخوي فالإناث آمنات؛ لأنه يستدل بتلك المقدمة على أن مراده الإناث وإن أمنونا على آبائنا ولهم آباء وأمهات فهم آمنون جميعًا؛ لأن اسم الآباء يتناول الآباء والأمهات ألا ترى أنهما يسميان أبوان قال الله تعالى ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ [النساء: ١١] وكذلك إن كان له أب وجد وأمهات؛ لأن الاسم حقيقة للكل استعمالا عند الاحتياط.

ولو قال: أمنونا على أبنائنا؛ يدخل أبناء الأبناء في الأمان أيضًا استحسانًا لا قياسًا؛ لأن اسم الابن على ابن الابن مجاز لا حقيقة؛ لأنه غير متولد من أب الأب حقيقة واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز.

وجه الاستحسان: أنه إنما طلب الأمان لمن يكون مضافًا إليه بالبنوة وابن الابن مضاف إليه إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه؛ لأنه يضاف إليه بواسطة الابن؛ لأنه متفرع ومتولد عندهما بواسطة والإضافة الناقصة كافية لإثبات الأمان؛ لأنه يختلف في إثباته؛ لأن موجبه حرمة الاسترقاق والشبهة ملحقة بالحقيقة في موضع الاحتياط بخلاف الوصية فإنها لا تستحق بالشبهة في حق إثبات المراجعة للورثة.

ولو قال: أمنونا على أبنائنا؛ لا يدخل فيه الأجداد؛ لأن اسم الأب لا يتناول الأجداد حقيقة ولا بطريق التبعية لأنهم أصول للآباء يختصون باسم خاص، فكيف

يتناولهم اسم الآباء على وجه الإتباع لفروعهم وهذا في لسان العرف، فأما في لسان الفارسية فهو داخل في الأمان، فإن الجد والد كما أن ابن الابن ابن، فإنه يقال للجد: بدر بدر، كما يقال لابن الابن: بسر بسر، وكذلك كل قوم في لسانهم يسمى الجد والدًا وأبًا.

(باب من يجوز أمانه ومن لا يجوز)

(السير الصغير): ويجوز أمان الواحد الحر المسلم استحسانًا؛ لأن ولاية الأمان لا تتجزأ كولاية النكاح؛ لأن العصمة عن القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا تتجزأ؛ لأنه لا يتصور أن يثبت في بعض شخص دون بعضه كما لا يتصور أن يثبت حكم النكاح في بعض المرأة دون بعضها وما لا يتجزأ لا يثبت إلا متكاملا ويثبت الأمان في حق الكل؛ لأنه يتضمن مصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل في الأمان لتعذر اجتماع الكل عليه، وبعد الأمان يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية، فإن أبوا الأمرين ورأى الإمام المصلحة في نقض الأمان ألحقهم بمأمنهم ونبذ إليهم ثم قاتلهم لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦]؛ لأن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيرا، فإذا صار الخير في النقض فات شرط جواز الأمان فيجب النقض ويجوز أمان المرأة كما روينا، ولا يجوز أمان المسلم التاجر أو الذمي أسلم في دار الحرب والأسير لأنهم لا يخافون منهم والأمان شرعا لرفع الخوف ولأنه لو صح الأمان منه أدى إلى ترك الجهاد؛ لأنه كلما ضاق الأمر على الكفار ولم يطيقوا القتال يجبرون الأسير والتاجر على الأمان لهم فيؤدي ذلك إلى ترك القتال ولأنهم متهمون في الأمان، وأمان الذمي باطل وإن حضر لمعونة المسلمين؛ لأنه من أمور الدين وهو غير مؤتمن فيه وأمان العبد إن كان يقاتل مع مولاه جائز وإلا فلا عندهما، وعند محمد والشافعي يجوز في الوجهين؛ لأن الأمان من مصالح الدين والعبد صار أهلا لإقامة هذه المصلحة بإسلامه وليس في إقامته تعطيل المنفعة على المولى؛ لأنه يقوم بمنفعة اللسان وهي غير مملوكة للمولى، فأما القتال يقوم بمنفعة البدن ومنافع بدنه مستحقة للمولى فيما استثنى عليه من الفرائض. لهما: أن العبد لم يملك ما به

قوام الأمان فلا يملك الأمان كالقتال وذلك؛ لأن قوام الأمان بمنافع بدنه ومنافع بدنه مملوكة للمولى؛ لأن العبد من رقبته إلى قدمه مملوك للمولى مطلقًا لقوله تعالى: ﴿ ۞ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا ﴾ وصف العبد يكون مملوكا مطلقًا، ولأن الاستيلاء صادف جميع أجزائه فيوجب الملك في جميع أجزائه وملك الرقبة علة لملك المنفعة. ولا يصح أمان الصبي العاقل المراهق، وعند محمد يصح؛ لأن أهلية الأمان إنما تثبت بالعقل والإسلام وقد وجد، ولهذا صح إيمانه فصح أمانه بعد إيمانه؛ لأن الأمان نصرة الدين بالقول، فإذا صح قوله في أصل الدين فكذلك يصح في نصرة الدين. لهما أن المصلحة والجزية والنظر في الأمان مستورة متكتمة لا يعرفها إلا من اعتدل حاله واشتهر رأيه وتدبيره في استخراج مصالح القتال وتركه وذلك لا يكون إلا بعد اعتدال أحواله واستقامة أقواله وانتظام أفعاله بوفور رشده وهدايته وكره تجريبه وممارسته وذلك بعد البلوغ، وإن كان الصبي مأذونا في القتال قال أبو بكر الرازي بأنه يصح أمانه لكونه متمكنا مالكا لمباشرة القتال بمنزلة العبد المأذون وقال غيره من مشايخنا لا يصح أمانه؛ لأنه ليس بمعتدل الحال ولا كامل البال فلا يتم النظر للمسلم في أمانه.

(السير الكبير): قال محمد رحمه الله؛ ومختلط العقل إذا كان يعقل الإسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل يصح أمانه عنده خلافا لهما، ولو أمر أمير العسكر ذميا أن يؤمنهم فأمنهم فهو جائز؛ لأن أمان الذمي إنما لا يصح لتهمة مثله إليهم اعتقادا وقد زال ذلك إذا أمره المسلم فأمر المسلم إياه دليل على أن في الأمان مصلحة ونظرا للمسلم بخلاف ما لو أمره بالقتال لأن بأمره إياه بالقتال لا يتعين معنى الجزية في الأمان ولا يظهر برأي الكافر؛ لأنه متهم. ثم المسألة لا تخلو إما أن يقول لهم الذمي قد أمنتكم أو يقول إن فلانا المسلم قد أمنكم ثم لا يخلو إما أن قال له المسلم أمنهم يصح أمانه في الوجهين؛ لأنه صار مالكا للأمان بهذا الأمر فيكون فيه كمسلم أحرق المسلم إذا قال أمنتكم أو أمنكم فلان يصح؛ لأنه أضاف الأمان إلى من يملك الاستثناء فيكون ذلك إخبارا منه بأمان صحيح فيجعل في حكم الاستثناء لرفع العذر وإن قال له المسلم قل لهم إن فلانا أمنكم فقال لهم على هذا الوجه يصح أمانهم؛ لأنه جعله رسولا إليهم وقد أدى الرسالة على وجهها فيكون بمنزلة ما لو كتب إليهم

كتاب الأمان وبعث به على يده فبلغهم يصح أمانه وإن قال الذمي لهم: أمنتكم؛ فهو باطل؛ لأنه أمره بتبليغ الرسالة وذلك لا يتضمن تمليك الأمان منه وقوله: أمنتكم؛ ليس بتبليغ الرسالة ولكن إنشاء عقد مضاف إلى نفسه أو هو ليس من أهله فلم يصح.

مسلم في دار الحرب أمن جندا عظيمًا منهم فخرجوا معه إلى دار الإسلام فظفر بهم المسلمون كانوا فيئًا؛ لأن هذا المسلم مقهور بمنعهم في دار الحرب والإسلام جميعا فيكون أمانه باطلا ألا ترى أن هذا العسكر لو دخلوا دار الإسلام فدخل إليهم مسلم بأمان فأمنهم كان باطلا؛ لأنه غير ممتنع منهم فكذلك إذا خرج في منفعتهم من دار الحرب مستديما لذلك الأمان بخلاف ما إذا خرج واحد منهم مع المسلم بأمان فهو آمن؛ لأن الواحد لا يكون مقهورا بالواحد بل يمتنع منه فيصح أمانه، ولو كان آمن في دار الحرب عشرين رجلا منهم ثم خرج معهم إلى دار الإسلام فهم آمنون؛ لأن المسلم، وإن كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم ولكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين؛ لأن هؤلاء لا يمتنعون من جماعة المسلمين، فكان هذا الرجل قاهرًا لهم في دار الإسلام حكما لا مقهورا بهم، فصار يميز له ما لو أنشأ الأمان لهذه الجماعة في دار الإسلام ابتدأ بخلاف الجند لأنهم ممتنعون من أهل الإسلام بشوكتهم وقوتهم فيكون هو مقهورًا فيهم في دارنا كما في دار الحرب، ألا ترى أنه لو دخل قوم لا منعة لهم دارنا بغير أمان كانوا فيئًا للمسلمين.

ولو دخل جند عظيم منهم دارنا فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لهذا إن الذي لهم منعة ما صاروا مقهورين بحصولهم في دار الإسلام والذي لا منعة لهم صاروا مقهورين، فلو لم يجعل أمان هذا المسلم صحيحًا أدى إلى الغرور لأنهم فارقوا منعهم بناء على ذلك الأمان وفي الجند لا يؤدي إلى الغرور لأنهم ما فارقوا منعتهم بناء على أمانه بل هم ممتنعون بشكوتهم في دارنا كما في دار الحرب وكذلك إذا أخرجهم هذا الواحد إلى عسكر المسلمين في دار الحرب فعلى هذا التفصيل.

ولو أن المسلمين حاصروا حصنًا وفيهم مسلم فأمن قومًا لا منعة لهم فأخرجهم معه إلى العسكر لم يكونوا آمنين؛ لأن المحصور صار مقهورا من وجه حاله كحاله

المأسور فلا يصح أمان المسلم الذي فيهم لهم لما فيهم من إبطال حق المسلم عنهم، ولأن لو جاز هذا الأمان لم يقدر المسلمون على قهرهم بحال، فإنهم إذا اتفقوا بالقهر أسلم بعضهم ثم أمنهم على أن يخرج مع كل نفر منهم ولا يجوز القول بما يؤدي إلى سد باب الاسترقاق على المسلمين.

(باب الأمان بالرسالة والكتابة)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في أمان الرسول.

وفصل في نبذه.

وفصل في رسول أهل الحرب يطلب الأمان.

(فصل)

وينبغي لأمير العسكر أن يختار لرسالته رجلا مسلما أمينا عدلا ولا يختار جانيا أو ذميا أو حربيا مستأمنا؛ لأنه متهم في ذلك.

ورُوي أن عمر رضي الله عنه قال لأبي موسى الأشعري: مر كاتبك ليدخل المسجد فليقرأ هذا الكتاب، فقال: إن كاتبي لا يدخل المسجد، فقال: أجُنُبٌ هو؟ فقال: لا ولكنه نصراني، فقال: سبحان الله، اتخذت بطانة من دون المؤمنين، أما سمعت قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا﴾ [آل عمران: ١١٨] أي لا يقصرون في إفساد أموركم.

ثم المسائل لا تخلو إما أن يكون رسول أمير العسكر، أو رسول المسلمين في حاجة، أو لم يكن رسول أحد.

أما الأول، فإذا أرسل أمير العسكر رسولا مسلما في حاجة له فذهب الرسول فلما بلغ الرسالة قال إنه أرسل على الثاني إليك الأمان ولأهل مملكتك فافتح الباب فأتاه كتاب افتعله على لسان الأمير وقرأه بمحضر نفر من المسلمين فلما فتحوا الباب ودخل المسلمون فيه وجعلوا يسبوهم فقالوا: أخبرنا رسولكم أن أميركم آمننا

وشهد أولئك المسلمون على مقالته فهم آمنون لا يجوز سبيهم؛ لأن التمييز بين الافتعال والاحتيال بنفسه وبين تبليغ الرسالة عن المرسل متعذر في حق المبعوث إليه؛ لأنه لا طريق للوقوف على حقيقة الرسالة، وإنما في وسعه الاعتماد على خبر الرسول فيجعل ما أخبر به الرسول كأنه حقٌّ وصدقٌ وبعدما ثبت رسالته كي لا يؤدي إلى الغرور في حقهم وذلك حرام أرأيت لو ناداهم الأمير إن هذا رسولي في كل ما يجري بيني وبينكم ثم أتاهم بهذا لم يكن القوم آمنين فكذا هذا.

ولو أرسل الأمير إليهم من يخبرهم أنه أمنهم ثم رجع إليه فأخبره أنه قد أتاه برسالته منه فهم آمنون، فإن كانوا لا يعلمون أن الرسول قد بلغهم الرسالة؛ لأن النبأ على الظاهر واجب فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته والظاهر أن الرسول بعدما دخل عليهم لا يخرج حتى يؤدي الرسالة ولأن فيما يقوله الرسول احتمال الصدق قائم فثبتت شبهة التبليغ والأمان تثبت في موضع الشبهة.

ولو أن رسول الأمير حين بلغ رسالة الأمير بحاجة فقال: إن فلانا القائد قد أمنكم فأرسلني بذلك وإن المسلمين على باب الأمير أمنوكم أو إني كنت أمنتكم قبل أن أدخل عليكم أو بإذنكم وشهد على هذه المقالة قوم من المسلمين فهم فيءٌ أجمعون إذا كان ما أخبر به كذبا؛ لأنه ليس برسول للقائد ولا رسول المسلمين حتى تكون عبارته كعبارتهم ولا يملك أمانهم بنفسه في هذه الحالة؛ لأنه في منعتهم.

والثاني: لو أرسله رجل من المسلمين في حاجته فقضى حاجته ثم أخبرهم أن من أرسله أمنهم فهو باطل بخلاف ما لو أرسله الأمير أو جماعة من المسلمين في حاجة ثم أخبرهم بمثل ذلك يصبح أمانهم والفرق أن جماعة المسلمين أهل المنعة حيث ما يكونون والأمير لا يكون أميرا إلا باعتبار المنعة فرسولهم قائم مقامهم، وإذا أضاف الأمان كان صحيحًا فأما الواحد في عرض الناس لا منعة له فلا يصح إخبار رسوله إياهم بالأمان عنهم.

والثالث: رجل ليس برسول افتعل كتابا فيه أمانهم وقرأ عليهم وقال: إني رسول الأمير ورسول المسلمين أو المسألة بحالها فهم فيء؛ لأنه لا يمكن إثبات الأمان لهم من جهته كأنه غير ممتنع منهم بل هو بمنزلة الأسير منهم وأمان الأسير لا يصح ولا

يمكن تصحيحه من جهة الأمير والمسلمين؛ لأنه ما أرسله حتى يكون عبارته كعبارتهم ولا يتحقق معنى الغرور فيه متى أبطلنا هذه المقالة؛ لأن التقصير جاء من قبلهم حيث اعتمدوا على قول مجهول غير معروف بالرسالة ولا كان رسولا إليهم من جهة الأمير في وقت من الأوقات والأمير لا يمكن التحرر من هذا؛ لأنه لا يعرف المفتعل حتى يمنعه من الافتعال.

ولو قال: من لم يكن رسولا هذه المقالة وهو في عسكر المسلمين بأدائهم فهو أمان؛ لأنه لا يجعل هذه المقالة أمانا من جهته حين كان في منعة المسلمين؛ لأن من يملك الأمان إذا أخبر عمن يملك الأمان فذلك أمان صحيح لهم سواء كان الخبر صدقا أو كذبا إن كان صدقًا فمن جهة المخبر، وإن كان كذبا فمن جهة المخبر إلا أنه لا يثبت ذلك إلا بشهادة العدول من المسلمين لأنها تقوم لإبطال حقهم في الاستغنام.

(فصل)

ولو أمنهم المسلمون ثم بعثوا رجلا ليبدأ إليهم ويخبرهم أنهم قد نقضوا العهد، فرجع الرسول وذكر أنه قد أخبرهم لا يعرض لهم وبقي أمانهم حتى يعلموا ذلك؛ لأنه أتاهم بخبر متمكن بين الصدق والكذب، وذلك لا يكون حجة في نقض العهد، وإن كان حجة في إثبات الأمان؛ لأنه يتعلق بالنبذ إباحة السبي واستحلال الفروج والدماء وهذا لا يثبت مع الشبهة وخبر الواحد مما لا ينفك عن الشبهة ويتعلق بالأمان حرمة السبي والفروج وحقن الدماء وذلك يثبت مع الشبهة، وإن أغار عليهم المسلمون قبل النبذ فقالوا: لم يبلغنا ما جاء به رسولكم؛ فالقول قولهم لأنهم أنكروا نبذ الأمان وتمسكوا بالأصل وهو الأمان فيرد عليهم المسلمون ما أخذوا من أموالهم وتغرموا ديات من قتلوا منهم لأنهم كانوا في أمان ما لم يعلم النبذ؛ لأن وسع الأمير أن يرسل إليهم رسولا ينبذ إليهم ويرسل معه رجلين عدلين حتى يشهدوا على تبليغه وهذا أدنى ما يتم به الرسالة في النبذ حتى لو أرسل إليهم رجلين فرجعا وشهدا على تبليغ الرسالة لم يجز ذلك؛ لأن أحدهما يشهد على فعل ثقة وذلك لا يكون حجة في الأحكام، ولو جاء رسول أميرهم بكتاب مختوم إلى أمير العسكر إني قد ناصبتك فلا ينبغي للمسلمين أن يعجلوا حتى يعلموا

حقيقة ذلك؛ لأن الكتاب محتمل فلعله مفتعل وإن جاء بالكتاب رجلان من أهل الحرب فشهد أن هذا كتاب الملك وخاتمه جازت شهادتهما على أهل الحرب؛ لأن شهادة أهل الحرب على أمثالهم من أهل دارهم حجة تامة وبعد تمام النبذ بشهادتهم لا بأس بقتلهم واسترقاقهم وإن بعث إليهم عشرة معهم كتاب فيه نقض العهد فقرأ رجل مسلم عليهم بالعربية وترجم الترجمان بلسانهم وشهد الآخرين عليهم ثم قالوا: إن الترجمان لم يخبرنا بنقض العهد بل أخبرنا أن في الكتاب قد زدناكم في مدة الأمان؛ فقولهم باطل؛ لأن أمير العسكر أتى بما في وسعه وهو الإخبار بالنقض والشهادة عليه، وإنما التقصير جاء من قبلهم متى اختاروا للترجمة جاء بنا إلا أن يستيقن عند المسلمين الذين حصروهم أن الترجمان قال لهم غير ما في الكتاب أو كان أكبر الرأي منا إنهم لم يفهموا فهو على أمانهم لأنا متى تيقنا بذلك فقد سقط اعتبار الظاهر باليقين وأكبر الرأي يمكن هذا اليقين فيما يبنى على الاحتياط.

(فصل)

ولو جاء رسول ملك أهل الحرب إلى عسكر المسلمين وهو آمن حتى يبلغ الرسالة بمنزلة مستأمن جاء للتجارة؛ لأن مجيء كل واحد منهما منفعة للمسلمين عينيٌّ، فإن أراد الرجوع فخاف الأمير أن يكون قد رأى للمسلمين عورة فيدل عليها العدو فلا بأس بأن يمنعهما من الرجوع ويجعل عليهما حراسا يحرسونهما؛ لأن في حبسهما نظر للمسلمين ودفع الفتنة عنهم، فإن حضر قتالٌ وشغل عنهما الحرس وخاف انقلابهما فلا بأس بأن يقيدهما حتى يذهب ذلك الشغل؛ لأن هذا موضع الضرورة والنائب بالضرورة يتعذر بقدرها فيحل قيودهما متى ذهب الشغل، وإن رجع الأمير إلى دار الإسلام فله أن يذهب بهما معه حتى يبلغ موضعا الذي يأمن فيه مما يخاف منهما ثم يخلي سبيلهما، فإن لم يأمن منهما لم يخل سبيلهما حتى يدخل أرض الإسلام ويعطيهما من النفقة ما يبلغهما إلى المكان الذي جاء بهما مكرها منه من بيت المال وهذا إذا لم يصب الجند غنيمة أو أصابوها واقتسموها، فإن أصابوا غنيمة ولم يقسم بعد، فإنه يعطيهما النفقة من تلك الغنيمة؛ لأنه أكرههما على ذلك نظرًا منه للجند خاصة فتكون المؤنة في مال هو حق الجند بمنزلة ما لو

استأجر بحمل الغنائم أو سوقها أو حفظها، وكذلك إن منعهما من الرجوع وأكرههما على المقام معه ينفق عليهما من الغنيمة بخلاف ما قبل إصابة الغنيمة أو بعد القسمة؛ لأن في منحهما مكروهين نظرا للمسلمين، فتكون تلك المؤنة في بيت مال المسلمين بمنزلة نائبة بيوت المسلمين وفيما تجاوزا ذلك فقد أتيا باختيارهما فلا يعطيهما للرجوع النفقة، وإن كان في موضع يخافان من اللصوص فينبغي أن يرسل معهما قوما يبلغونهما مأمنهما لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

(باب ما يكون أمانا ممن يدخل دار الحرب أو لأسير دخل عسكر المسلمين وما لا يكون أمانا)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في المسلم دخل دار الحرب للرسالة.

وفصل في الأسير في أيديهم.

وفصل في الأسير في عسكر المسلمين.

(فصل)

ولو أن رهطا من المسلمين أتوا أول مسالح أهل الحرب فقالوا: نحن رسول الخليفة وأخرجوا كتابا يشبه كتاب الخليفة أو لم يخرجوا وكان ذلك خديعة منهم للمشركين فقالوا: ادخلوا؛ فدخلوا دار الحرب فهو أمان لا يحل لهم أن يتعرضوا لهم[١]؛ لأن ما أظهروه لو كان حقا كان أمانا فكذا إذا ظهروا من أنفسهم خداعا؛ لأنه لا طريق لهم إلى الوقوف على التوطن فيبنى الحكم على الظواهر تحرزا عن الغدر والخداع؛ لأنه حرام فيجعل ما أظهروه بمنزلة الاستئمان منهم.

وكذلك لو قالوا: جئنا نريد التجارة وقد كان قصدهم أن يغتالوا بهم.

ولو قالوا: نحن قوم من أهل الحرب؛ وأخذ أموالهم؛ لأن ما أظهروا لو كانوا

(١) انظر: "السير الكبير مع شرح السرخسي" (٦٦/٢).

حقيقة لم يكن استئمانا، فإن بعضهم ليس في أمان البعض، وإنما خلوا سبيلهم بناء على أنهم منهم وهذا وقوله ونحن منكم سواء والإنسان في دار نفسه لا يكون مستأمنا.

(فصل)

ولو أن رهطا من المسلمين كانوا أسرى في أيديهم فخلوا سبيلهم أو قالوا: قد أمناكم فاذهبوا حيث شئتم، ولم يقل الأسرى شيئًا فلا بأس لهم أن يقتلوهم ويأخذوا أموالهم، بخلاف ما لو دخل رهط من دار الإسلام بإذن أهل الحرب فهم آمنون، والفرق أن هناك دخل رهط من دار الإسلام، فإذا جاؤوا على اختيار مجيء المستأمنين فإنهم حين ظهروا لأهل الحرب موضع لا يكونوا ممتنعين منهم بالقوة فكأنهم استأمنوهم، وإن لم يتكلموا به.

وأما الأسرى في دارهم مقهورين لا عن اختيار منهم، ولا بد للاستئمان من قول أو فعل يدل عليه، ولو لقي قوم منهم الأسرى فقالوا: من أنتم؟ فقالوا: نحن قوم تجار دخلنا بأمان أصحابكم، أو قالوا: نحن رسول الخليفة صح أمانهم لأنهم أظهروا ما هو دليل الاستئمان فيجعل ذلك استئمانا منهم.

وإن علم أهل الحرب أنهم أسرى فأخذوهم ثم انقلبوا منهم حل لهم قتلهم وأخذ أموالهم؛ لأن حكم الاستئمان قد ارتفع بما فعلوا، ألا ترى أن المستأمنين لو أخذوا ملك أهل الحرب أموالهم وحبسهم ثم انقلبوا حل لهم قتلهم وأخذ أموالهم؛ لأن ذلك يقضي العهد من ملكهم، وكذلك لو فعل ذلك بهم رجل بأمر ملكهم أو بعلمه ولم يمنعه، فإن السفيه إلا لم ينه يكون مأمورا، فأما إذا فعله بعد علم الأمير وعلم جماعتهم لم يحل لهم ذلك؛ لأن فعل الواحد من عرضهم لا يكون نقضا للعهد، فإنه لا يملك ذلك لما يأتي، وكذلك لو كانوا أسلموا في دار الحرب فهم بمنزلة الأسرى في جميع ما ذكرنا؛ لأن حصولهم في دار الحرب لم يكن على وجه الاستئمان.

(فصل)

ولو أراد المسلمون قتل أسراهم من أهل الحرب فقال رجل منهم: أنا مسلم، لا

ينبغي لهم أن يقتلوه حتى يسألوه عن الإسلام؛ لأنه يصير مسلمًا بعد اللفظ؛ لأنه تكلم بكلام منهم فيستفسر وليس من الاحتياط المبادرة إلى قتله قبل الاستفسار، فإن وصف الإسلام حين سألوه عنه فهو مسلم لا يحل قتله وهو فيءٌ إلا أن يعلم أنه يؤمنه من القتل دون الاسترقاق، فإن كان عليه سيما المسلم وأكثر ظن المسلمين أنه كان مسلما وهو بمنزلة العلم بإسلامه حتى يجب تخلية سبيله؛ لأن أكثر الرأي بمنزلة اليقين فيما بني على الاحتياط وفيما يتعذر الوقوف على حقيقة الحال، فإن استوصف الإسلام فأبى أن يصفه، فإنه ينبغي للمسلمين أن يصفوا له الإسلام ثم يقولون له أنت على هذا، فإن قال: نعم؛ فهو مسلم وإن قال: لا؛ فهو حلال الدم.

وكذلك في الزوجة والجارية ينبغي أن يصف الإسلام بين يديها ويقول: أنا على هذا وظني بك أنك على هذا، فإن قالت: نعم؛ فهي مسلمة يحل له وطئها، وإلا فلا.

(باب الأمان على جُعل)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في الأمان على أهل الحصن أو على القلعة والمدينة.

وفصل في فتح الحصن والأمان لأهله على مال.

وفصل في النزول على مال.

(فصل)

ولو قال: اعقدوا الأمان على أهل حصني على أن أفتحه لكم؛ فهو وأهل الحصن آمنون وأموالهم كلها فيءٌ؛ لأن في الأمان يشترط فتح الباب لا يدخل الأموال في الأمان لا نصًا ولا تبعا للنفوس؛ لأنه لم يبق للمسلمين فائدة في فتح الباب، وهذا يبيّن أنهم قصدوا بذلك ليتوصلوا إلى استغنام الأموال، ولأن في اشتراط فتح الباب دليل على أن الذين تناولهم الأمان غير مقرين بالسكنى في الحصن، وإنما يدخل

الأموال في الأمان؛ لأن التمكن من المقام يكون بالأموال، وإذا انعدم السكنى والمقام هنا لا تدخل الأموال في الأمان.

وكذلك لو قال: أفتح الحصن على أن تؤمنوني في أهل حصني؛ أو: وأهل حصني؛ لم تدخل الأموال فيه؛ لأن اشتراط الأمان لهم جزاء على فتح الباب مطلقًا.

ولو قال: اعقدوا لي الأمان على أهل حصني على أن أدلكم على الطريق إلى موضع كذا؛ ففعلوا وفتحوا الحصن، فجميع النفوس والأموال تدخل في الأمان؛ لأن شرط الأمان جزاء على الدلالة لا على فتح الباب فيكون كلامه بيانا أنهم يدلهم ليتمكن من الفرار في حصنه مع أهل الحصن وفي مثل هذا تدخل الأموال تبعا للنفوس؛ لأن لا يمكنهم المقام فيه إلا بالمال.

وكذا لو قال: اعقدوا لي الأمان على أهل حصني على أن يدخلوا فيه فيصلوا فيه؛ لأن في هذا تصريح بما هو فائدة فتح الباب وهو الصلاة فيه دون إزعاج أهله منه وقد يرغب المسلمون في ذلك ليفشوا الخير، فإن المسلمين صلوا بالجماعة في حصن كذا فيقع به الرعب في قلوب المشركين أو ليعبدوا الله في مكان لم يعبده في ذلك المكان أهله أو مكان العبادة شاهد للمؤمن يوم القيامة كما ورد به الأثر.

ولو قال صاحب القلعة: آمنوني على قلعتي أو على مدينتي أو على أن أفتحها لكم؛ فهذا أمان على القلعة والمدينة وعلى جميع ما فيها استحسانًا، والقياس هو عليهما خاصة؛ لأن المقصود من فتح الباب هو الاستغنام والاسترقاق وليس في لفظ القلعة والمدينة ما يغني عن أهلها أو عما فيها.

وجه الاستحسان: أن في العرف والعادة مراده ومقصوده من هذا الأمان أن تبقى له القلعة والمدينة على ما كانت من قبل ويكون هو المتصرف والمتغلب في أهلها كما كان لإيفاء عين القلعة والمدينة مع إيفاء أهلها وما فيها أرأيت لو قال: آمنوني على مملكتي على أن أفتح لكم القلعة؛ أليس يفهم من هذا اللفظ جميع ما في ملكته من النفوس والأموال فكذا هذا.

(فصل)

ولو قال: أفتح الحصن على أن يؤمنوني على ألف درهم؛ فهو آمن وماله كله فيءٌ إنما

له ألف درهم يعطيه الإمام من أي موضع شاء؛ لأنه شرط ألف درهم مطلقًا مع أمان نفسه حرا على الفتح، وفي مثل هذا الأمان لا يدخل ماله سوى ما شرط له من الألف عوضا له على فتح الباب؛ لأن اللفظ لا يتناول ما سواها.

وكذلك لو قال: أفتح الحصن ويؤمنوني على ألف درهم، فإن الواو هنا بمعنى الحال يعني في حال ما يؤمنوني على ألف درهم فيكون شرطًا؛ كقوله لامرأته: أنت طالق وأنت مريضة؛ أو: وأنت راكبة.

ولو قال: أفتح الحصن ويؤمنوني على ألف درهم من ماله؛ فله ألف من ماله والباقي كله، وإن لم يف ماله تالف لم يكن له زيادة على ماله؛ لأنا علمنا أنه لم يجعل الألف لنفسه عوضا، فإنه أضاف الألف إلى نفسه فقوله: من مالي وماله؛ لا يسلم له عوضا عن فتح الباب، بل يسلم بإعطاء الأمان في ماله كما في نفسه وبطريق الأمان لا يسلم له زيادة على ماله، ألا ترى أنه لو قال: أفتح الحصن على أن يؤمنوني على رفيقي أو على مالي أو على سلاحي؛ كان ذلك محمولا على طلب الأمان لهذه الأشياء مع نفسه فكذلك قوله: على ألف من مالي كيلا يلغو شرطه بخلاف الأول؛ لأنه أطلق تسمية الألف بمقابلة منفعة شرطها على نفسه للمسلمين؛ فيكون ذلك عوضا أو جزاء على فتح الباب لا إدخالا في الأمان، وإن لم يكن ماله دراهما ولكنه كان عروضا أعطى له من ذلك ما يساوي الفا؛ لأنه شرط في الأمان جزءًا من ماله والأموال كلها في صفة المالية جنس واحد، بخلاف ما لو قال: عليّ ألف درهم من دراهمي؛ لأن المشروط فيه الأمان هناك جزءًا من دراهمه، وإذا لم يكن له دراهم لم يكن هذا الأمان مصادفًا محله فكان لغوا، كما لو قال: أوصيت بألف درهم من مالي؛ أعطي له ألف درهم من ماله، وإن لم يكن له دراهم.

ولو قال: من دراهمي؛ لم يعط شيئًا إذا لم يكن له دراهم، ولو قال: علي عشرة أروش من الرقيق، أو: علي عشرة أفراس؛ كان ذلك عوضا؛ لأن الحيوان يصلح عوضًا عما ليس بمال وفتح الباب ليس بمال فللمسلمين أن يعطوه الأروش من أي موضع أحبوا بخلاف ما لو قال: من دقيقي أو كراعي، ولو قال: أفتح لكم على أن يؤمنوني على أهلي وألف درهم؛ أو: بأهلي وألف درهم؛ فله ألف من ماله مع أهله وما سوى

ذلك فيء؛ لأن الأهل ليس بمال فلا يكون ذكره الألف أهل على سبيل العوض عن أمانه سواء ذكره بحرف على أو بحرف الباء ولكنه على وجه الاستئمان لهم ثم الواو للعطف وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، فإذا كان المعطوف عليه استئمانا كان المعطوف كذلك، ولو بدأنا بالمال فقال: أفتح لكم ويؤمنوني على ألف أو على أهلي وولدي؛ كان أمانا على الألف ويعطوها إياه وعلى أهله وولده وما سوى ذلك فيء؛ لأنه شرط ذلك كله لنفسه جزاء على فتح الباب وما يصلح عوضا وهو الألف، ولو لم يذكر فتح الباب ولكن قال: أمنوني حتى أنزل إليكم بألف درهم من مالي؛ فهذا إفداء؛ لأن حرف الباء يصحب الأعواض فإنما التمس أمانا بعوض وقد زال ذلك حين نزل فعليه أداء الألف، وكذلك لو قال بحرف (على) هذا؛ لأنه لم يشترط على نفسه للمسلمين منفعة حتى يكون ذكر الألف عوضا عن أمانه في الوجهين، ولو قال: أفتح لكم على أن تؤمنوني بألف درهم وبأهلي وولدي؛ فعليه الألف وأهله وولده كلهم فيء؛ لأن حرف الباء فحكم في الأعواض وقد قرنه بالألف فكان دليلا على أن الألف عوض أمانة، ولو بدأنا بالأهل فقال: على أن يؤمنوني بأهلي وبألف فكذلك قياسًا.

وفي الاستحسان أهله وولده وألف من ماله لا يكون فيئًا؛ لأن الأهل ليس بمال ليصلح أن يكون عوضا فاستدللنا بدليل لك على أن المراد به الاستئمان للأهل جزاء على الفتح وقد عطف الألف عليه فيكون ذلك للاستثناء بالألف من جملة ماله الذي يكون فيئًا، ألا ترى أنه لو قال: أفتح لكم على أن تؤمنوني بجميع قرابتي وبأهلي وولدي بألف درهم فالذي سبق إلى وهم كل أحد أن هذا كله استثناء لا فداء.

ولو قال: أفتح لكم وأعطيكم مائة دينار على أن تؤمنوني على عشرة آلاف درهم من مالي؛ فعليه بعد فتح الباب أن يعطيهم مائة دينار وعليهم أن يسلموا له عشرة آلاف من ماله فكذلك إذا شرطا المائة دينار للمسلمين على نفسه مع فتح الباب.

ولو قال: أفتح لكم وأعطيكم مائة دينار على أن تأمنوني بألف درهم؛ فعليه مائة

دينار وألف درهم؛ لأنه صرح بكون الألف عوضا على نفسه حين وصل الباء بذكره وصرح بكون الدنانير عوضا عن أمانه حين شرط على نفسه أن يعطيها المسلمين إلا أن يقول: بألف درهم آخذها أو يعطونها فحينئذ يكون ذلك تنصيصًا على اشتراط الألف على المسلمين لنفسه عوضا.

(فصل)

ولو قال: آمنوني حتى أنزل إليكم على ألف درهم أو على ألف من مالي أو على عشرة أروش من الرقيق أو من رقيقي؛ فعليه أن يدفع ذلك إلى المسلمين؛ لأنه ما شرط بمقابلة ما التمس من الأمان منفعة للمسلمين فعرفنا أن مراده بذكر الألف والرقيق أن يكون عوضا للمسلمين على أمانه سواء أطلق أو قيد بماله؛ لأن بنزوله لا يتوصل المسلمون إلى ماله الذي في الحصن ليكون دلالة التماس الأمان في هذا القدر معين ماله فكان هذا شرطا مقيدًا للمسلمين فصح.

ولو قال: آمنوني على مالي ورقيقي؛ فهو آمن بجميع ماله ورقيقه، ولو قال: على نصف رقيقي؛ كان هذا فداء والفرق أن في العرف الأمان يفدي نفسه ببعض ماله ليعيش آمنًا بما بقي ولا يفدي لنفسه بجميع ما يترك به، فإذا ذكر نصف المال أو نصف جنس من ماله كالرقيق، فالظاهر أن مراده طلب الأمان كذلك الجنس مع نفسه، وإذا ذكر ما ليس بمال كالزوجة والولد فالغالب أن مراده الاستئمان لهم؛ لأنه الفداء، وهو بمنزلة ما لو قال: آمنوني على فلان، فإنه يكون ذلك طلب الأمان لفلان لا جعله فداء لنفسه وإن قال: آمنوني على عشرة من رقيقي حتى أنزل فهذا فداء، فإن نزل معه بماله وزوجته وولده فهم فيءٌ أجمعون؛ لأن في أمان النازل لا يدخل سوى ما عليه من اللباس، ألا ترى أن في الأمان بغير فداء لا يدخل المال والعيال فكذلك في الأمان بالفداء، وإن نزل معه بمثل ما اشترط من فدائه وهو عشرة رقيق فهو فيء قياسًا ويكون عليه فداء آخر؛ لأن الأمان له بعد النزول وذلك لا يتناول ما معه من المال فصار المال فيئًا للمسلمين وهو لا يتمكن من أداء ما التزم من الفداء بمال المسلم وفي الاستحسان يحسب له هذا من الفداء؛ لأنه يمكن من أداء ما التزم من ماله وهو يترك البناء ولا مال له، فإذا لم يترك هذا القدر

مع نفسه لا يتمكن من الفداء، فكان اشتراط الفداء عليه تسليطا له على أن يأتي به كما إن اشترط بدل الكتابة على المكاتب يكون تسليطا له على الاكتساب وتمليكا للكسب منه، وإن كان المشروط عليه عشرة أروش فجاء بأحد عشر كان له أن يأخذ الكل عشرة بالفداء وواحد فيئًا؛ لأن الاستحسان في مقدار حاجته إلى الفداء وفيما زادت عليه يؤخذ بالقياس، وكذلك لو جاء بعشرين رأسا، فإنه يؤخذ منه الكل وإن جاء بنصف غير الرقيق وقال: أردت أن أبيعه وأعطيكم القيمة، فإنه يقبل ذلك مع يمينه استحسانًا؛ لأن الرقيق في معاوضة ما ليس بمال مطلقًا يثبت مترددا بين العين وبين القيمة وبأنها جاء قبل منه فيصدق في ذلك كما لو تزوج امرأة على عبد.

ولو قال: على عشرة من رقيقي ثم جاء بالدراهم فكذلك فيء وهو مطالب بما التزم من الفداء؛ لأنه بإضافة الرق إلى نفسه يصير معينا لهم فكأنه عينهم بالإشارة في مثل هذا لا يؤخذ منه القيمة فكان العين كما لو تزوج على عبد معين.

ولو قال: لم يدعني أهل الحصن أنزل إليكم بالرقيق فجئت بالقيمة؛ لم يصدق؛ لأن ما جاء به كان متمكنا من أن يبين للمسلمين قبل نزوله أن أهل الحصن يمنعونني من النزول بالرقيق حتى تأذنوا له في النزول بالقيمة، فإذا لم يفعل ذلك كان التقصير من قبله، فإن فعل ذلك فأذنوا له في النزول بالقيمة كان ما جاء به من الدراهم فداء.

(باب الأمان على شرط)

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الأمان بشرط الإسلام بعده.

والثاني: في الأمان بشرط الدلالة على المال في مكان.

(فصل)

ولو قال: آمنونا حتى نفتح لكم الحصن فتدخلون على أن تعرضوا علينا الإسلام فنسلم؛ ثم أبوا أن يسلموا فهم آمنون وعلى المسلمين أن يخرجوا من حصنهم ثم

ينبذون إليهم لأنهم استعادوا الأمان بقبول الشرط قبل الوفاء به ثم لا يبطل حكم الأمان بالامتناع من الوفاء بما وعدوا، وبحكم الأمان يجب إعادتهم إلى مأمنهم ثم النبذ إليهم، فإن شرط المسلمون عليهم أنكم إن أبيتم الإسلام فلا أمان يثبت بيننا وبينكم فرضوا بذلك فالمسألة بحالها فلا بأس باسترقاقهم، وقيل: مقاتلهم إن أبوا الإسلام؛ لأن الوفاء بالشرط واجب فيما يجري بيننا وبينهم.

وأصله ما رُوي: أن رجلا من المشركين بعد وقعة أحد حين رجع الجيش ضل الطريق، فدخل المدينة، وجاء إلى بيت عثمان بن عفان رضي الله عنه سرًّا، وكان بينهما قرابة، فأتى عثمان رضي الله عنه النبي صلى الله عليه وسلم وسأل له الأمان فقال: "**قد أمناه على أنا إن أدركناه بعد ثلاثة فقد حل دمه**" فخرج الرجل فقال عليه السلام: "**اطلبوه، فإني أرجو أن تجدوه**" فوجدوه بعد ثلاثة قد سلط عليه النوم فأخذوه وقتلوه، فإن أسلم بعضهم وأبى البعض فمن أسلم حرٌّ ومن أبى في اعتبار التبعيض بالكل وهذا؛ لأن الجمع المضاف إلى الجمع يتناول كل واحد منهم على الانفراد لما عرف فصار كأنا شرطنا على كل واحد منهم أن يأبى الإسلام فلا أمان له منا، فإن جعله الإمام فيئًا بعدما عرض عليه الإسلام فأبى ثم أسلم لم يقتله ولكن يجعله فيئًا؛ لأن حكم ذلك الأمان قد انتهى حين أبى الإسلام ويبقى هو أسير في أيدينا، وإن عرض الإسلام عليه فأبى ولم يحكم عليه بأنه فيء حتى أسلم فهو فيء قياسًا؛ لأن شرط إثبات الأمان وانتقاضه قد تحقق بالإسلام والمعلق بالشرط يثبت بوجود الشرط حكم به الإمام أو لم يحكم كالأمان المعلق بالشرط وهو جزاء استحسانًا؛ لأن الإباء متردد محتمل قد يكون للكراهة الإسلام وقد يكون للتأمل فيه إلى أن تزول الشبهة عن قلبه فلا تتعين جهة الإباء إلا بحكم الحاكم كما إذا أسلم أحد الزوجين في دارنا بتوقف الفرقة على إباء الآخر الإسلام ثم لا يتحقق ذلك إلا بقضاء القاضي، وإن استمهل حتى ينظر في أمره أمهله ثلاثة أيام كما في المرتد، فإن سكت فلم يجب بقبول ولا يرد فالإمام يعرض عليه الإسلام ثلاث مرات ويخبره في كل مرة أنه إن لم يجب حكم عليه أنه فيءٌ؛ لأن نكوله محتمل فيعرض عليه الإسلام ثلاث مرات لإيلاء العذر ويخبره في كل مرة على سبيل الإنذار، فإن أبى

حكم عليه بأنه فيءٌ وهو بمنزلة الخصم إذا سكت من الجواب في مجلس القاضي جعله منكرًا، وإذا سكت عن اليمين بعد عرض اليمين عليه ثلاثا جعله ناكلا فكذا هذا.

وإن قال حين أراد النزول: آمنوني على أن تعرضوا عليّ الإسلام، فإن أسلمت إلى ثلاثة أيام وإلا فلا أمان لي؛ ثم عرضوا عليه الإسلام فله مهلة ثلاثة أيام ولياليها من حين عرضوا عليه الإسلام؛ لأنه استمهل ذلك لنفسه فعرفنا أن ابتداء المدة من ساعة العرض، فإن مضت المدة قبل الإسلام كان فيئًا من غير حكم الحاكم؛ لأن الشرط هكذا جرى والتأمل قد حصل ذلك بالمدة فتعين الإباء، وإن قال: لئن أسلمت إلى ثلاثة أيام وإلا كنت عبدًا لكم؛ فمضت المدة قبل أن يسلم كان فيئًا ولا يقبل؛ لأن الشرط هكذا كان، وكذلك لو قال: وإلا كنت ذمة لكم؛ أو قال ذلك جميع أهل الحصن فهم ذمة للمسلمين كما التزموا بالشرط، ولو قالوا: أنت آمن على أن تنزل فتسلم؛ فهو آمن بعد النزول قبل أن يسلم فيجب تبليغه مأمنه إن لم يسلم وكذلك لو قال: أنت آمن على أن تنزل فتعطينا مائة دينار؛ فقبل ذلك ونزل ثم أبى أن يعطيهم الدنانير فهو آمن بخلاف ما لو قال: إن نزلت فأعطيتنا مائة دينار فأنت آمن؛ فهو آمن إذا أعطاها؛ لأن هذا الأمان معلق بشرط أداء الدنانير وفي الأول معلق بشرط القبول، فإذا نزل وقبل كان آمنا وكانت الدنانير عليه، فإن أبى أن يعطيها يحبس ليؤديها ولا يكون فبالأجل الأمان الثابت له فمتى ما أعطى الدنانير وجب عليه سبيله حتى يلحق بمأمنه ولا يسقط عنه إلا بالإسلام أو بعقد الذمة؛ لأنه التزم الدنانير عوضا عن أمنه بنفسه، أو كان قد افتدى به نفسه ليلحق بمأمنه، فإذا استفاد الأمان بأقوى السببين وهو الإسلام أو الذمة يسقط عنه أداؤها كالمكاتب إذا أعتقه المولى يسقط عنه بدل الكتابة؛ لوقوع الاستغناء عن أدائها، وكذلك لو صالحوهم على أن يعطيهم رأسا فعليه وسط أو قيمته؛ لأن ما يلزمه بطريق الفداء لا يكون عوضا عن مال والرأس المطلق مصرف إلى الوسط متردد بين القيمة والعين كما في بدل الخلع والصلح عن دم العمد.

وإن قال للمسلمين: آمنوني على أن أنزل إليكم فأعطيكم مائة دينار، فإن لم

أعطكم فلا أمان لي، أو قال: إن نزلت إليكم فأعطيتكم مائة دينار وأنا آمن ثم نزل فطالبوه فأبى أن يعطيهم يكون فيئًا قياسًا لوجود شرط افتقاره الأمان في الأول ولانعدام شرط الأمان في الثاني ولا يكون فيئًا استحسانًا حتى يرفع إلى الإمام فيأمره بالأداء، فإن أبى يجعله فيئًا؛ لأن امتناعه من الأداء يحتمل المعاني كما بينا فلا تتعين جهة الإباء إلا بحكم الحاكم؛ أرأيت لو قال لهم: لا أعطيكم، وإنما أعطي الأمير؛ أو قال: لا أعطيكم إلا بشهود كان فيئًا بهذا الامتناع.

ولو قال رجل من المحصورين: آمنوني حتى أنزل إليكم على أن أدلكم على مائة رأس من السبي في موضع فآمنوه على ذلك فلما نزل أتى بهم ذلك الموضع، فإذا ليس فيه أحد فقال: قد كانوا هنا فذهبوا؛ أو لا أدري أين ذهبوا؛ يرد إلى مأمنه؛ لأنه حصل أمنا في العسكر، فإن الأمان بشرط العوض يثبت بوجود قبول الشرط ولا يتأخر إلى أداء المقبول كما لو أعتق عبده على أن يؤدي إليه ألف دينار وقيل: عتق، وإن لم يؤد فكذلك الأمان يثبت سواء أوفى بالشرط أو لم يف؛ لأنه لم يقل لهم إن لم أدلكم فلا أمان بيني وبينكم، وهذا لأن قولهم أمَّناك؛ تنصيص على الأمان، وقوله: على أن تدلنا على كذا محتمل لدفع الأمان والمحتمل لا يعارض المنصوص عليه فلا يرفع حكمه إلا بنص فيقول: على أني إن لم أدلكم فلا أمان بيني وبينكم؛ ونظيره ما لو كفل بنفس رجل إلى شهر، فإنه لا يبرأ بمضي الشهر ما لم يسلم الخصم إليه.

وإن قال: على أني بريء من الكفالة بعد شهر يبرأ بمضي الشهر، ولو قال: أسير في أيدينا آمنوني على أن أدلكم على مائة رأس والمسألة بحالها ثم لم يدلهم، فللإمام أن يقتله؛ لأنه صار مقهورا في أيدينا وحل للإمام قتله واسترقاقه، وإنما علق إزالة ذلك عنه بالدلالة ولم يفعل، وفي الأول كان في منفعته وقوته، وإن كان محصورا، وإنما نزل على أمان من المسلمين والتزم بمقابلة ذلك دلالة فهنا منفعة للمسلمين، فإن لم يف بما التزم فعلى الإمام أن يبلغه مأمنه وإن قال المحصور: على أني لم أدلكم كتب لكم فيئًا أو رقيقا ثم لم يف بالشرط فهو فيءٌ للمسلم ولا يحل لهم قتله؛ لأن لو لم يقل هذه للزيادة لكان أمنا من القتل والاسترقاق، وإن لم يف بالشرط فهذه للزيادة بشرط إزالة ذلك الأمان في حكم الاسترقاق خاصة دون

حل دمه والوفاء بالشرط واجب، وإن قال: آمنوني على أن أنزل فأدلكم على قرية فيها مائة رأس من السبي على أني إن لم أدلكم فلا أمان لي فدلهم على قرية فيها مائة رأس قد أصابها المسلمون أو علموا أنها قبل دلالته ولم يصيبوها فليست هذه دلالة ويكون فيئًا؛ لأنه التزم دلالة فيها منفعة للمسلمين ولا يوجد ذلك في هذه الدلالة، ولأن الدلالة إنما تتحقق، فما يتوصل إلى ذلك المقصود بتلك الدلالة والمسلمون لم يتوصلوا إلى هذه القرية بتلك الدلالة متى علموا أنها قبل الدلالة، كالمحرم إذا دل على صيد قد كان المدلول عالما بمكانه لم يلزمه الجزاء، ولو دلهم على الطريق فساروا فيه حتى عرفوا مكانها قبل أن ينتهي إليها أو وصف لهم مكانا ولم يذهب معهم فذهبوا نصفته حتى أصابوها وهذه دلالة؛ لأن الدلالة هكذا بكون أن نصف الطريق له فيصير معلوما بدلالته وما يحصل لهم من العلم يكون مضافا لدلالته، ولهذا لو تحقق هذا من المحرم يلزمه الجزاء.

وكذلك لو قال: آمنوني على أن أدلكم على بطريق بأهله وولده، فإن لم أفعل فلا أمان؛ فلما نزل وجد المسلمين قد أصابوا بطريقا، فقال: هذا هو الذي أردت أن أدلَّكم؛ فليس هذا بشيء، فإن قال: على أن أدلكم على بطريق هذا الحصن وأنه قد نزل هاربا من الحصن؛ فلما نزل وجد المسلمين قد أصابوا ذلك البطريق فهو أمن؛ لأن في الأول التزم الدلالة على بطريق منكر حتى ينتفع المسلمون بدلالته ولا يحصل هذا المقصود بهذه الدلالة، وفي الباقي الدلالة على بطريق معرَّف معلوم بعينه أو بِسمَتِهِ وقد دل عليه، وهذا لأن في المعين لا يعتبر الوصف؛ لأنه لا يفيد، وفي المنكر يعتبر الوصف؛ لأنه مفيد وعلى هذا لو التزم أن يدلهم على حصن أو مدينة أو على هذا الحصن أو هذه المدينة والله أعلم.

(باب [الموادعة][1] والمصالحة)

(السير الصغير) يحتاج إلى معرفة: تفسير الموادعة، ومشروعيتها، وجواز نقضها، وحكمها.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المزارعة.

أما تفسيرها: فالموادعة مأخوذة من قوله: دع البيع أي اترك فكانوا طلبوا منا ترك القتال فكان طلبًا للأمان.

وأما جوازها: فطلب قوم أهل الحرب موادعة شيئين بغير شيء إن كان خيرا للمسلمين يفعل الإمام وإلا فلا لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١][1].

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم وأودع أهل مكة عشر سنين ثم نقض الموادعة[2]، ولأن الموادعة والأمان ترك للجهاد حقيقة فلا يجوز أن يكون مشروعًا إلا إذا كان فيها خيرًا للمسلمين بأن كانت الشوكة والقوة لهم فيكون جهادا معنى لما فيها قطع شر الكفرة عن المسلمين ثم تجوز الموادعة أكثر من عشر سنين خلافًا للشافعي؛ لأنه إنما جاز عشر سنين لما فيها خير للمسلمين بدفع شر الكفرة وتحقيق المصلحة، وهذا المعنى موجود فيما زاد على العشرة، فإن وادعهم فرأى الموادعة شرا للمسلمين ينبذ إليهم الموادعة ويقاتلهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨]، ولأن الموادعة إنما جازت إذا كان فيها خيرا للمسلمين، فإذا صار النقض خيرا للمسلمين صار الأمان تركًا للجهاد حقيقة ومعنى، وترك الجهاد غير مشروع.

حاصر العدو المسلمين فسألهم المسلمون الموادعة على أن يعطيهم المسلمون كل سنة شيئًا وفيه صلاح يجوز لما رُوي أنه ضاق واشتد الأمر على المسلمين يوم الأحزاب حتى زاغت الأبصار وبلغت القلوب الحناجر فطلب رسول الله صلى الله عليه وسلم الأحزاب أن ينصرفوا مع موالي العرب على شطر من ثمار المدينة سنين معلومة، ثم استشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الأنصار في ذلك، فقال سعد بن

---

(١) انظر: الدر المختار: ٣/٢٤٧، اللباب شرح الكتاب: ٤/١٢٠.

(٢) انظر المعاهدة في القسطلاني شرح البخاري: ٥/٣٣٦، العيني شرح البخاري: ١٤/١٣ وما بعدها، شرح مسلم: ١٢/١٣٥ وما بعدها، نيل الأوطار: ٨/٣١ وما بعدها، نصب الراية: ٣/٣٨٨، أخرج الحديث أبو داود عن المِسْور بن مَخرمة ومروان بن الحكم، وأصله في البخاري، وأخرج مسلم بعضه عن أنس، ورواه أحمد والبيهقي.

عبادة وسعيد بن معاذ: هذا شيء أمر الله تعالى به أم رأي رأيته من عند نفسك، فقال عليه السلام: "لا بل رأي رأيته"، فقال: يا رسول الله، إنهم لم ينالوا في الجاهلية من ثمار المدينة إلا قرى أو شراء وبعدما أعزنا الله تعالى بالإسلام لا نعطهم قهرا فليس بيننا وبينهم إلا السيف. فسرَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "إذا أنتم أمنتم النصر"(١) فقد جوز ذلك لما رأى فيه ضرًّا للمسلمين، ولأن دفع شر الكفرة بالمال جائز.

وادع المسلم أهل الحرب على أن يؤدي أهل الحرب كل سنة مائة رأس إلى المسلمين والموادعة خير للمسلمين، فإن كان هذه المائة من أنفسهم وأهاليهم وذراريهم لم يصح ذلك لأنهم وأولادهم بأجمعهم دخلوا تحت الأمان فلا يجوز استرقاقهم وتمليكهم.

وإن صالحوه على مائة رأس بأعيانهم أول سنة على أن يكون أولئك لهم ثم يعطون كل سنة مائة رأس من رقيقهم جاز؛ لأن هؤلاء الذين وقع الصلح عليهم لم يدخلوا تحت الأمان وإنما دخل تحت الأمان سواهم فيجوز تمليكهم بالصلح؛ لأنه يجوز تمليك أهل الحرب الذين ليسوا بمستأمنين بسائر أسباب الملك فيجوز الصلح، وعلى هذا يدل على أن الحربي إذا قهر حربيا آخر فباعه يجوز؛ لأنه ملكه بالقهر، ولو كان قبل القهر لا يجوز، فإن أطلقوا ولم يبيعوا جاز أيضًا؛ لأن الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال، فإن أدوا من أنفسهم وأهلهم وأولادهم لم يجز لأنهم دخلوا تحت الأمان فصاروا مستأمنين، فإن أدوا من رقيقهم جاز؛ لأن أرقائهم بعد الأمان بقيت عرضة ومحلا للتمليك.

وإن وقع الصلح ثم سرق مسلم منهم شيئًا لا يملكه؛ لأنه أخذ مال المستأمن وكذلك إذا أغار المسلمون عليهم وسبوا قومًا في مأمنهم لم يسع للمسلمين الشراء من ذلك السبي، فإن اشترى رددت البيع؛ لأن الموادعة صحت بقبولها بين فئتين ممتنعين فصارت أموالهم وأنفسهم معصومة بالأمان، فإن أغار قوم من أهل الحرب عليهم جاز للمسلمين أن يشتروا منهم؛ لأن الحربي يملك مال المسلم فلأن

---

(١) أخرجه ابن إسحاق في السيرة من حديث الزهري مرسلا، كذا في البداية والنهاية لابن كثير (١٠٤/٤ - ١٠٥ ط. مطبعة السعادة).

يملك مال المستأمن أولى؛ لأن الأمان ثبت في حق المسلمين ولم يثبت في حق أهل الحرب فبقيت رقابهم عرضة التملك في حقهم فصار ملكا لهم بالاستيلاء ومن دخل منهم ديارنا بغير أمان لا يتعرض له؛ لأن الموادعة السابقة كافية في إفادة الأمان والعصمة.

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الموادعة على مال مقدر.

والثاني: في الموادعة على ترك الإتلاف من أموالهم.

(فصل)

ولو وادع الإمام قومًا من أهل الحرب على مال دفعوه إليهم وهو جائز إذا كان فيه خيرا للمسلمين؛ لأنه نصب ناظرًا للمسلمين فلا يجوز له ترك القتال والميل إلى أخذ المال إلا أن يكون فيه نظر للمسلمين.

ولو أن مسلمًا وادع أهل الحرب سنة على ألف دينار جازت موادعته؛ لأن أمان واحد من المسلمين بمنزلة أمان جماعتهم، فإن لم يعلم الإمام بذلك حتى مضت موادعته أخذ المال وجعله في بيت المال؛ لأن منفعة المسلمين منفعته في إمضاء الموادعة بعد مضي المدة فهو بمنزلة العبد المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، فإنه ينفذ الإجارة وتكون الأجرة للمولى، وإن علم بموادعته قبل مضي السنة، فإنه ينظر إن كانت المصلحة في إمضائها أمضاها وأخذ المال؛ لأن له إنشاء الموادعة بهذه الصفة إذا رأى المصلحة فيها فلأن يكون له إمضاؤها أولى، فإن رأى المصلحة في إبطالها رد المال إليهم ثم نبذ إليهم وقاتلهم؛ لأن أمان المسلم كان صحيحًا والتحرز عن الغدر واجب، وإن مضى نصف السنة يرد نصف المال قياسًا على الإجارة ويرد كله استحسانًا لأنهم لما التزموا المال بشرط أن يسلمهم الموادعة في جميع السنة والمدة والجزاء إنما يثبت باعتبار الشرط جملة ولا يتورع على أجزائه وكلمة على للشرط حقيقة، والموادعة ليست بمعاوضة فجعلنا هذه الكلمة عاملة بحقيقتها وهي الحراسة، وهذا لأنه ربما يكون خوفهم في بعض المدة دون البعض فإنهم يأمنون في الشتاء ويخافون في الصيف، فإذا نبذ إليهم في وقت

خوفهم ومنعهم بعض المال فلم يحصل لهم شيء من مقصودهم بهذا الشرط وذلك يؤدي إلى الغرور، فإن كان وادعهم ثلاث سنين كل سنة بألف درهم وقبض المال كله ثم أراد الإمام نقض الموادعة بعد مضي السنة، فإنه يرد عليهم الثلاثين؛ لأنه فرق العقود هنا بتفريق التسمية حيث قال: كل سنة بألف درهم؛ بخلاف الأول؛ لأن هناك العقد واحد في السنة والمال مذكور بحرف (على) وهو حرف الشرط والموادعة ليست بمعاوضة باعتبار الأصل، وإنما تصير معاوضة عند التصريح بحرف الباء الذي يصحب الأعواض وهو محتمل التعليق بالشرط، فإذا ذكر فيها حرف الشرط كان محمولا على الشرط حقيقة، فإذا ذكر حرف المعاوضة يحمل على المعاوضة.

(فصل)

ولو قال أهل مدينة من مدائن أهل الحرب: أعطونا على أن لا تشربوا من ماء نهرنا، فأعطيناهم، فإن كان شربنا يضرهم في مائهم أو لا يعلم ذلك فلا شرب من ذلك النهر ويسقي الدواب بغير علمهم؛ لأنه متى كان تصرفهم فهذا شرط مفيد فيجب اعتباره، وإن كان لا يدري فالظاهر أنهم لا يشترطون ذلك إلا جلب المنفعة أو دفع المضرة؛ لأن العاقل لا يشتغل بما لا يفيد، وإن كان لا يضرهم لا يجب مراعاته؛ لأنه يكون متعينا؛ لأنه ليس بجالب منفعة ولا دافع مضرة وإن احتاج المسلمون إلى ذلك الماء فلينبذوا إليهم ويخبروهم أنهم فاعلون ثم يشربون وكذلك الكلأ بمنزلة الماء؛ لأنه غير مملوك لهم.

فأما الزروع والأشجار والثمار إذا أعطوهم على أن لا يتعرضوا لذلك، ليس لهم أن يتعرضوا لشيء من ذلك أضر بهم أم لا؛ لأن هذا ملكهم ويعود تصرف الإنسان في ملكه بحكم الملك لا باعتبار المنفعة والمضرة إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك فلينبذوا إليهم ثم يأكلون ويعلفون دوابهم؛ لأن بهذا الشرط لا تنعدم صفة الإباحة الثابتة إلى أملاكهم ولكن التحرز عن الغدر واجب وقد حصل ذلك بالنبذ إليهم.

فإن قالوا أعطونا: على أن لا تحرقوا زروعنا ولا كلأنا، فأعطيناهم فلا بأس لنا بالأكل والاعتلاف منها؛ لأن الأكل ليس من الإحراق في شيء.

وإن سألونا على أن لا يحرقوا قراهم فأعطيناهم لا بأس بأخذ أموالهم؛ لأن التخريب يكون في الأبنية، فأما أخذ الأمتعة من باب الحفظة لا من باب التخريب ولا يحل لهم هدم شيء من مساكنهم أو تحريقها بالنار؛ لأن ذلك فوق التخريب، فإن لم يقدر على فتح الباب إلا بكسر الغلق فلا ينبغي أن يفعل؛ لأن هذا تخريب.

وإن شرطوا علينا أن لا نأكل من زروعهم ولا نعلف منها، فلا يجوز أن نحرق شيئًا منها؛ لأن الإحراق فوق الأكل في تفويت مقصودهم بالشرط فيثبت الحكم فيه بطريق الأولى بخلاف ما إذا شرطوا علينا أن لا يحرق؛ لأن الأكل دون التحريق، فإن الإحراق إفساد العين والأكل انتفاع بالعين، فإذا شرطوا أن لا نأكل فمقصودهم بقاء العين لهم وذلك ينعدم بالإحراق كما ينعدم بالأكل، وإذا شرطوا أن لا يحرقوا فمقصودهم أن لا يفسدوا في الأكل إفساد.

(باب صلح الملوك)

(السير [الصغير][(١)]) ملك من أهل الحرب في أرض قوم هم عبيد له يبيعهم صالح المسلمين فصارت ذمة لهم فأهل مملكته عبيد له كما كان؛ لأن الصلح والذمة يؤكد الملك ويقرره إلا أن يزيله ويبطله.

وإن ظهر عليهم عدوهم فاستنقذوهم المسلمون يردون على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة؛ لأن العبيد كانوا ملكًا له، ومال الذمي كمال المسلم في حق الأحكام، والحكم في مال المسلم كذلك فكذلك في مال الذمي.

وكذلك إن أسلم الملك أو أهل أرضه دونه فهم عبيده لما عرف.

وإن طلب الذمة بشرط أن ينزل ليفعل في أهل مملكته من القتل وما لا يصلح في أرض الإسلام لم يجب إليه؛ لأنه طلب منا الترك على الظلم والنزول على

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

أحكامهم وذلك لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] فالواجب على المسلمين أن يحكموا في أهل الذمة بحكم الله فيكون الصلح على خلاف ذلك مردودًا.

فإن أعطى الذمة أو الصلح على هذا أبطل من شروطه ما لا يصح في الإسلام والصلح جائز؛ لأن الذمة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإن لم يرض به أبلغه مأمنه وأصحابه؛ لأنه جاء مستأمنًا فلا يقبل لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

غلب قوم من أهل الحرب على قوم أخر فاتخذوهم عبيدًا للملك صاروا عبيدًا له؛ لأن الكافر يملك رقبة الكافر وماله بالاستيلاء والقهر والغلبة كما يملك مال المسلم، فإن مات الملك فورث ماله بعض بنيه دون بعض أو خص بعض بنيه ثم أسلم ولده بعد ذلك يكون للمستولى عليه؛ لأنه فعل ما لا يجوز في الإسلام في وقت لم يكن ملتزما أحكام الإسلام فلا يتعرض لما صنع بعد الإسلام؛ لأن الولد خلّفه في الاستيلاء والقهر فملك ما استولى عليه؛ لأن ملكهم ينبني على الاستيلاء.

وكذلك إن كان فعله وهو موادع؛ لأن حكمنا غير جارٍ عليهم فأخص بعض بنيه فوثب آخر واستولى عليه ثم أسلم؛ يكون للوارث القاهر؛ لأنه حربي استولى على مال حربي وأخذ ماله فملكه، فإن فعل هذا الآخر بعدما أسلم الابن المقهور أو صار ذمة يردا عليه جميعه إن كان أخوه ضيعه وهو مسلم أو ذمي؛ لأنه مسلم استولى على مال مسلم فلا يملكه.

وإن كان ضيعه وهو محارب فجميعه له؛ لأنه كافر حربي استولى على مال مسلم، فإن ظهر المسلمون عليه ردوا على الأول بغير شيء قبل القسمة وبعدها بالقيمة كما عرف، فإن اشتراه التجار من القادم الأول أخذه بالثمن كما عرف، فإن استولى عليه وهما مسلمان أو ذميان ثم ارتد القاهر ومنع الدار وأجزل حكم الشرع يصير المستولى عليه مملوكا له؛ لأن الدار صارت دار الحرب فهو كافر أحرز مال المسلم بدار الحرب فملك بالاستيلاء.

(باب النبذ)

(السير الكبير): وإذا أمن الإمام قوما ثم بدا له أن ينبذ إليهم فلا بأس بذلك لقوله تعالى: ﴿فَانۢبِذۡ إِلَيۡهِمۡ عَلَىٰ سَوَآءٍۚ﴾ [الأنفال: ٥٨].

والنبذ لغة: هو الطرح، قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمۡ﴾ [آل عمران: ١٨٧]، وإنما يتحقق طرح الأمان بإعلامهم وإعادتهم إلى ما كانوا عليه قبل الأمان حتى إذا كانوا لم يبرحوا حصنهم فلا بأس بقتالهم بعد الإعلام لأنهم في منعتهم كما كانوا، وإن كانوا قد نزلوا فصاروا في عسكر المسلمين وهم آمنون حتى يعودوا إلى مأمنهم كما دأبوا لأنهم نزلوا بسبب الأمان فلو عمل النبذ في رفع أمانهم قبل أن يصيروا ممتنعين كان ذلك جناية للمسلمين والله لا يحب الخائنين، ولأن الأمان كان باعتبار النظر للمسلمين ليحفظوا قوة أنفسهم وذلك يختص ببعض الأوقات، فإذا انقضى ذلك الوقت كان النظر والخبر به في النبذ إليهم ليتمكنوا من قتالهم بعدما ظهرت لهم الشوكة والقوة، فإذا آمن المسلمون رجلا على أن يدلهم على كذا ولا يخونهم، فإن جاءهم ولم يدلهم، فإن شاء الإمام قتله، وإن شاء جعله فيئًا؛ لأنه كان مباح الدم علقوا حرمة دمه بالدلالة أو ترك الجناية، وتعليق أسباب التحريم بالشرط جائز كالطلاق والعتاق، فإذا انعدم الشرط بقي حل دمه على ما كان.

ولو حاصر المسلمون حصنًا فقال أميرهم لأهل الحصن: متى أمنتكم فأماني باطل؛ أو: فلا أمان لكم أو قد نبذت إليكم ثم أمنهم فأمانه باطل؛ لأنه يصير بما تقدم من الكلام كأنه نبذ الأمان إليهم وبين لهم على وجه انتفى شهر الغرور من كل وجه.

ولو أمر الأمير مناديا في العسكر من أمن منكم من أهل الحصن فأمانه باطل، ثم أمنهم مسلم فأمانه جائز؛ لأن العلة الموجبة لصحة الأمان لم تنعدم لهذا النداء، ولأن الأمان لكل مسلم كانت شرعا لولاية الشهادة ولا تنعدم هذه الولاية بنهي الإمام ثم أهل الحرب لا يعلمون النهي فلو لم يصح أمان المسلم بعد هذا النهي أدى إلى الغرور وهو حرام.

ولو أمر بأن ينادي أهل الحصن أو كتب أو أرسل إليهم: إن أمَّنكم واحد من

المسلمين فلا تعتمدوا بأمانه، فإن أمانه باطل؛ ثم أمنهم رجل فنزلوا على أمانه فهو في الاعتبار أن أمان المسلم لا يصح بعد هذا النهي ولكن هذا القول من الإمام بمنزلة النبذ إليهم وكما يصح نبذه بعد الأمان يصح قبل الأمان إذ المقصود من النبذ رفع الغرور وذلك ينتفي في الوجهين جميعًا.

ولو طرأ النبذ على الأمان رفع حكمه، فإذا قاربه منع حكمه وإنما صح النبذ قبل الأمان دفعا للضرر على المسلمين، فإنه إن لم يصح النبذ يمكن بعض فساق المسلمين بأن يحول بينهم وبين فتح حصونهم، بأن يؤمنوهم كلما نبذ الأمير إليهم مرة بعد مرة فلا يظفرون بحصن أبدًا، فلدفع هذا الضرر صح النبذ إليهم قبل الأمان للإعذار والإنذار، ولو قال لهم: لا أمان لكم إن أمنكم رجل مسلم حتى أؤمنكم أنا ثم أتاهم مسلم وقال: إني رسول الأمير إليكم فقد آمنكم؛ فنزلوا على ذلك فهم آمنون، وإن كان الرجل كاذبا في ذلك؛ لأنه كما أخرج الكلام مخرج الرسالة فقد تحقق معنى الغرور إذ لا طريق لهم إلى الوقوف على حقيقة الصدق بل يعتمدون على دليل الصدق وهو الخبر الصادر عن عقل ودين، فلو لم يصح الأمان لهم أدى إلى الغرور.

ولو قال لهم الأمير: لا أمان لكم إن أمنكم مسلم وأتاكم برسالة مني حتى أؤمنكم بنفسي؛ فالمسألة بحالها، فهم فيءٌ؛ لأن هذا بمنزلة النبذ لكل أمان لهم إلا أمانا يسمعونه مني بلساني؛ لأن دفع الضرر عن المسلمين واجب ولا طريق له في دفع الضرر عنهم إلا ما فعله من التقدم إليهم، فلو لم يصح ذلك أدى إلى أن يتمكن الفاسق من إفساد الجهاد على المسلمين، وذلك لا يجوز، وفي هذا الفصل إن كان الأمير أرسل إليهم رسولا ليبلغهم ففعل فهم آمنون؛ لأن الأمير بما تقدم إليهم قصد أن يمنعهم من الاعتماد على خبر من يزعم أن رسوله كاذب ولم يمنعهم من الاعتماد على خبر من يرسل إليهم حقيقة يوضحه أنه إذا أرسل إليهم بعد تلك المقالة فهو رجوع منه عن تلك المقالة ورجوعه صحيح، ألا ترى لو قال لهم: فإذا أمنتكم فأماني باطل؛ ثم أمنهم؛ كان ذلك أمانا صحيحًا باعتبار أن هذا رجوع عما قاله لهم، والله أعلم.

(باب النزول على حكم رجل من المسلمين أو من أهل الذمة)

(السير الصغير): ولو حاصر المسلمون حصنًا أو مدينة فطلب المشركون أن

ينزلوهم على حكم الله تعالى، فلا ينزلوهم على ذلك، وروي عن أبي يوسف في النوادر: أنه يجوز للإمام الإنزال على حكم الله تعالى؛ لأن حكم الله تعالى في الكفرة معلوم في مقاتلتهم القتل وفي ذراريهم الاسترقاق وفي أموالهم الاستغنام.

وتأويل الحديث: أن ذلك كان في زمن لم تكن الأحكام مستقرة فالنسخ كان متصورًا، فإن الوحي ينزل في كل وقت وينسخ حكمًا بحكم فمن الجائز أن يكون الإنزال على حكم قد نسخ.

فأما الآن استقرت الشريعة ولا نسخ وعرف حكم الله تعالى فجاز الإنزال عليه، وجه ظاهر الرواية الحديث الذي روينا في باب الوصية للأمراء، ولأن حكم الله تعالى في رجالهم القتل والاسترقاق أو المن في نسائهم الاسترقاق والمن بالصلح وذلك مجهول فكان الإنزال على حكم مجهول فكان باطلا، كما لو قال: أنزلونا على حكم الله تعالى ولا حجة له في حديث سعد بن معاذ أن بني قريظة نزلوا على حكمه؛ لأن حكم سعد وافق حكم الله تعالى؛ فإنه روي أنه لما حكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال صلى الله عليه وسلم: "**حكمت بما حكم الله تعالى فوق سبعة أرقعة**"[(١)]. فقال الخليل: الرقيع[(٢)]: اسم سماء هذه الدنيا كأن الكواكب رقعتها، فكل واحدة رقيع للأخرى فهي أرقعة، وقوله: حكم الله تعالى فيهم معلوم، قلنا: بلى في حق قوم ممتنعين وقع الظهور عليهم أما في حق قوم ممتنعين تركوا

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٨٤/٣، ١٥١١/٤، ٢٣١٠/٥) (٣٥٩٣، ٣٨٩٥، ٥٩٠٧)، ومسلم (١٣٨٨/٣) (١٧٦٨)، وأحمد (٢٢/٣)، وهو عند ابن حبان (٤٩٦/١٥) (٧٠٢٦)، والنسائي في "الكبرى" (٤٦٥/٣).

(٢) اسم السماء الدنيا الأولى (رقيع) وهي من دخان.

اسم السماء الثانية (قيدوم) وهي على لون النحاس.

واسم السماء الثالثة (الماروم) وهي على لون النور.

واسم السماء الرابعة (أرفلون) وهي على لون الفضة.

واسم السماء الخامسة (هيفوف) وهي على لون الذهب.

واسم السماء السادسة (عروس) وهي ياقوتة خضراء.

واسم السماء السابعة (عجماء) وهي درة بيضاء.

منعتهم باختيارهم مجهول، ولو ثبت هذا الحكم فيهم إنما يثبت إذا عرف أنهم في معناهم ولا يعرف ذلك إلا بالاجتهاد والاجتهاد لا يخلو عن نوع خطأ.

(الفتاوى): قوم حاصروا أهل الحرب فنزلوا على حكم رجل من أهل الذمة أو على حكم عبد أو محدود في قذف أو أعمى لا يجوز لأنهم ليسوا من أهل القضاء، وكذلك لو نزلوا على حكم امرأة مسلمة؛ لأنها ليست من أهل الشهادة في باب القتل فلا يكون من أهل القضاء فيه، فإن حكمت بالقتل لا يجوز وإن حكمت بأنهم ذمة جاز لأنها من أهل الحكم بالذمة، وليست من أهل الحكم بالقتل، ولو نزلوا على حكم أسير في أيديهم فالإمام لا يجيبهم؛ لأن الأسير مقهور لهم كالمملوك، ولو نزلوا على حكم رجل يختارونه لأنفسهم من أهل العسكر قبل ذلك ثم ينظر إن اختاروا رجلا مسلما موضعا لذلك قبل ذلك وإن اختاروا بعض ما وصفنا لا يجوز اعتبارا للانتهاء بالابتداء.

(الزيادات): فإن أنزلوهم على حكم الله تعالى مع أنه ليس لهم ذلك فللإمام أن يعرض الإسلام عليهم؛ لأنا نعلم أن الدعاء إلى الإسلام من حكم الله تعالى في كل فريق، فإن أسلموا كانوا أحرارا يسلّم لهم الإمام أموالهم ونساءهم وديارهم وتصير دارهم دار الإسلام ويكون في أرضهم العشر، فإن أبوا الإسلام جعلهم ذمة وجعل عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج؛ لأنهم أحرار قد احتبسوا في دارنا على التأبيد لأنه لا يجوز لنا أن نعيدهم إلى دار الحرب ليكونوا حربا على المسلمين، فإذا احتبسوا في دارنا على التأبيد فلا يخلو عن صغار وعقوبة وذلك هي الجزية ولا يسترقون ولا يقتلون لأنا لا ندري أن هذا حكم الله فيهم أم لا، ولا يردون إلى مأمنهم لأنهم رضوا بترك الحراب وفي الرد إعادتهم حربا علينا، ويعلم يقينا أن هذا ليس بحكم الله تعالى فيهم وهم ما طلبوا هذا الحكم حيث تركوه باختيارهم.

ولو نزلوا على حكم واحد من المسلمين بعينه جاز ذلك الحكم لما مر من حديث سعد فإن حكم ذلك الرجل فيهم بقتل أو سبي أو أن يصيروا ذمة جاز ذلك الحكم؛ لأنه حكم بحكم، وإن حكم بالرد لا يجوز؛ لأن هذا غير مشروع، فإن مات

فلان أو قتل قبل أن يحكم صاروا كما لو نزلوا على حكم الله تعالى؛ لأنه تعذر الوقوف على حكم من نزلوا على حكمه لموته، فإن أخرج نفسه من الحكومة يخرج؛ لأنه دخل باختياره فجاز أن يخرج باختياره، فإن حكم فلان بالرد ثم حكم بالقتل يصح الحكم بالقتل قياسًا؛ لأن الحكم الأول لم يصح فلا يخرجه عن الحكومة كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة ثم باع بألف يجوز ولا يصح استحسانًا؛ لأن الحكم بالرد لم يتضمن تحريم القتل بل بقي مباح الدم فملك أن يجعلهم ذمة فصح هذا الحكم؛ لأنه داخل في ولايته بأن يجعلهم ذمة إن لم يصح هذا الحكم؛ لأنه داخل في ولايته بأن يجعلهم ذمة إن لم يصح الحكم بالرد، فإذا حكم بالقتل بعدما صح القضاء بالذمة وهذا يؤدي إلى قضائه الأول وهذا لا يجوز، فإن كانوا شرطوا في الصلح إن لم يحكم فلان في ذلك بلغتمونا إلى مأمننا ثم حكم فلان بأن يبلغوهم إلى مأمنهم جاز ويكره لأنهم ما رضوا بالصلح إلا بهذا الشرط، فإذا لم يف بهذا كان هذا عذرا منا والتحرز عن العذر واجب ويكره ذلك لما فيه إعادتهم حربا علينا بعد تركهم ذلك باختيارهم.

(القسم الثالث في حكم الغنائم والأنفال وكيفية قسمتها)

(باب معرفة [الغنائم][1] والأنفال والسلب والفيء)

(السير [الصغير][2]): أما الغنيمة اسم لما يوجد من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة قبل الإحراز بدار الإسلام، فأما ما أُخِذَ لا على وجه القهر والغلبة بل بالمهاداة والهبة منهم أو بالسرقة والخلسة منهم لا يكون غنيمة ويكون للآخذ خاصة.

والنفل هو الغنيمة في أصل الوضع ومنه قول الشاعر[3]:

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المغانم.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

(٣) صدر بيت للبيد، وعجزه: وبإِذْنِ اللهِ رَيْثي وعَجَلْ. انظر: الخزانة ١/٤٣٢.

إنَّ تَقْـــــوَى رَبِّنَـــا خَـــــيرُ نَفَـــلْ

قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ﴾ [الأنفال: ١] أي الغنائم وسبب نزول الآية ما رُوي عن عبادة بن الصامت قال: ساءت أخلاقنا يوم بدر فحرمنا، فقيل: وكيف ساءت أخلاقكم؟ فقال: لما هزم الله تعالى العدو وافترقنا ثلاث فرق: فرقة كانوا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرسونه، وفرقة اتبعوا المنهزمين، وفرقة جمعوا الأموال، ثم ادعت كل فرقة أنها أحق بالغنائم فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وارتفعت أصواتنا ورسول الله ساكت، فأنزل الله تعالى في تلك الحالة: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ﴾ الآية ثم نسخ حكم هذه الآية بقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ الآية [الأنفال: ٤١] وتفسيره في لسان الفقهاء ومتعارف الشرع ما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضًا لهم على القتال لزيادة قوة وجزاء منهم بأن قال لسريته: ما أصبتم فهو لكم أو قال لواحد متعين: ما أصبت فهو لك؛ فإنه يختص به ويثبت الملك له في النفل ولا يشاركه فيه غيره من الغزاة.

وأما السلب عبارة عن ثبات المقتول والسلاح الذي معه ودابته التي عليها سرجها وآلاتها وما عليها من الحقيبة التي فيها من الأموال وما على المقتول من الكيس الذي فيه الدراهم فأما ما تكون مع غلامه على فرس آخر وأمواله التي على دابة أخرى فذلك من الغنيمة يشترك فيها الغزاة كلهم.

وصورته: لو قال الأمير للغزاة: من قتل قتيلا له سلبه ولا يستحق النفل والسلب إلا بشرط الإمام.

وقال الشافعي رحمه الله: يستحق السلب بعد شرطه ويجوز التنفل قبل الإحراز ولا يجوز بعده خلافًا للشافعي والأوزاعي.

والصحيح قولنا؛ لما روى معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من قتل قتيلا فله سلبه إلا في غزاة واحدة**"(١) ثم سمعته بعد هذا يقول: "**لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا**

---

(١) أخرجه «البخاري» ٦٣/٣ (٢١٠٠) و٩٢/٤ (٣١٤٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي ١٥٤/٥ (٤٣٢١) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبـرنا مالك. وفي (٤٣٢٢) قال =

مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ"[١]؛ فصار الأول منسوخًا وشرط الإمام في السلب والتنفيل مشروطًا وإطلاق قوله: من قتل قتيلا فله سلبه؛ هذا منه على طريق التنفيل والتنفيل يجوز قبل الإصابة[٢].

ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**ردوا الخيط والمخيط، فإن الغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيامة**"[٣]، فجاء رجل بكبة من خيط فقال:

=

البخاري تعليقا: وقال الليث. وفي ٦٩/٩ (٧١٧٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. وفي (٧١٧٠م) وقال لي عبد الله، عن الليث: «فقام النبي صلى الله عليه وسلم، فأداه إلي. و«مسلم» ١٤٧/٥ (٤٥٨٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا هشيم. وفي (٤٥٨٨) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٤٥٨٩) قال: وحدثنا أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس. و«ابن ماجه» (٢٨٣٧) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٧١٧) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٥٦٢) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك بن أنس. وفي (١٥٦٢م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«ابن حبان» (٤٨٠٥) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٨٣٧) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان بن عيينة، وهشيم بن بشير، والليث بن سعد) عن يحيى بن سعيد، عن عمر بن كثير بن أفلح، عن نافع أبي محمد، مولى أبي قتادة، فذكره.

(١) أخرجه الطبراني من حديث معاذ، وقد أخرجه إسحاق والطبراني في الكبير والأوسط بلفظ مختلف، وأخرجه البيهقي في المعرفة في باب إحياء الموات، وقال: هذا إسناد لا يحتج به (الدراية ٢/٢٤٤، ١٢٨).

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٨٢/٥ ط. الأميرية، والزيلعي ٣٥/٦، والحطاب ١١/٦، ١٢ نشر مكتبة النجاح، والإقناع على الخطيب ١٩٥/٣ ط. دار المعرفة، والمغني ٥٦٦/٥ ط. الرياض، والمنتقى شرح الموطأ ٢٩/٦ نشر مكتبة السعادة، والدسوقي ٦٩/٤.

(٣) أخرجه أحمد ١٨٤/٢ (٦٧٢٩) قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا حماد، يعني ابن سلمة. وفي ٢١٨/٢ (٧٠٣٧) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. و«أبو داود» (٢٦٩٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«النسائي» ٢٦٢/٦ و١٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٢٥ و٦٤٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن يزيد، قال: حدثنا ابن أبي عدي، قال: حدثنا حماد بن

=

أخذت هذه لأخيط بها بردعة بعير لي، فقال عليه السلام: "**أما نصيبي فهو لك**"، ولولا أن التنفل بعد الإصابة غير جائز إلا لترك عليه.

وهذا الحديث يدل على أن القاتل لا يستحق سلب القتيل إلا بشرط الإمام، ولأن التنفيل إنما يجوز قبل الإصابة؛ لأن فيه تحريضا على القتال وحثًا عليه قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وبعد الإصابة والتنفل ليس بتحريض على القتال بل هو إقعاد عن القتال، فإن الجيش إذا غنموا غنائم بعدما قتلوا لو خص واحد منهم بشيء من الغنائم دون غيرهم لبطل حق الغانمين عن بعض الغنيمة من غير منفعة تعود إليهم؛ لأنه ليس فيه دفع شر العدو عنهم ولاحقة أمر القتال عليهم فتقاعدوا عن القتال بخلاف ما قبل الإصابة؛ لأنه يعود إليهم منفعة حقه أمر القتال عليهم؛ لأن كل واحد منهم متى اختص بشيء من الغنيمة يظهر زيادة غناء من نفسه وتحريضه على المخاطرة بروحه وإيقاع نفسه في خلية العدو حتى يستحق ذلك.

وأما الفيء فما حصل من غير قتال وهو خاص لرسول الله صلى الله عليه وسلم كيف شاء قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ﴾ الآية [الحشر: ٦].

وأما أحكامها ومن يستحقها: أما الغنيمة فخمسها للإمام وأربعة أخماسها على الغانمين بالنص.

خرج قوم من مسلحة أو عسكر فأصابوا غنائم بخمس وما يفيء بينهم وبين العسكر مبينا كان بإذن الإمام أولا؛ لأن المأخوذ غنيمة؛ لأنه أخذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة والكل سواء لأنهم أصابوا بقوة العسكر والجند لأنهم أعدوا أنفسهم للقتال فصار ردا لهم، وكذلك إن أخذه واحد مثل طليعة أو غيرها؛ لأنه أخذه بقوة العسكر وأعانهم، ولو خرجت سرية بغير إذن الإمام أو خرجوا في طلب العلف ولم ينقلهم الإمام فما أصابوا فهو غنيمة ولا تختص به هذه السرية؛ لأن الله تعالى جعل الحق للمجاهدين والجهاد قام بالكل، وإن خرجوا من

=

سلمة. كلاهما: (حماد بن سلمة، وإبراهيم بن سعد، والد يعقوب) عن محمد بن إسحاق، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

مدينة عظيمة طائفة لهم منعة وقوة يعينهم الإمام سرية لم يشركهم أهل المدينة وبخمس ما أصابوا؛ لأنه مأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة فتكون غنيمة وأهل المدينة لم يعدوا أنفسهم للقتال فلا تصير الإصابة مضافة إلى قوتهم ولا أعانوا لهم، وإن خرج من المدينة رجل أو رجلان بإذن الإمام بخمس؛ لأن المال مأخوذ من الكفرة على وجه القهر والغلبة حكما واعتبارا؛ لأنه لا يحل للإمام أن يأذن لهم بالجهاد إذا لم يعلم منهم قوة، وإن خرجوا بغير إذن الإمام لا يخمس فيما أصابوا خلافًا للشافعي وإن كانوا أربعة يخمس؛ لأنه لا منعه ولا قوة لهم في أنفسهم ولا من أهل دارهم فلم يكن مأخوذا على سبيل القهر والغلبة حقيقة ونصرة دين الله تعالى ولا حكما لعدم إذن الإمام فكانوا مكتسبين متلصصين لا مجاهدين متغلبين فلا يكون غنيمة والخمس فيما يملك بالغنيمة.

جيش غزوا من مصر بغير إذن الإمام يجب الخمس في الغنائم؛ لأنه مال أخذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة.

ورُوي عن أبي سفيان أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بتسعة نفر.

وأما حكم النفل والسلب: فأن يكون لصاحبه خاصة ولا خمس فيما سمى لهم؛ لأن الإمام بالتنفل خلصها لهم، فإن قال: من أصاب شيئًا فهو له؛ فلا يتعلق به حق غيره، ولو قال: ما أصبتم فلكم النصف أو الربع؛ ونحو ذلك، فما سمى يكون لهم، وما لم يسم لهم ففيه الخمس وأربعة أخماسه للغانمين يشترك فيه المنفلون فيه أيضًا؛ لأن الحق قد انقطع عن قدر النفل؛ لأن أثر التنفيل في قطع حق الباقين عن المسمى والتخليص لهم ففيما عداه ففي على ما كان ولا ينبغي للإمام أن ينفل جميع المأخوذ؛ لأنه إبطال لحق الكل وليس له ذلك، ولو أثخنه أحدهما وقتله الآخر فالسلب للذي أثخنه؛ لأنه بالإثخان صار بحال لا يمكنه أن يقاتل ولا يعين على قتال فكان في حكم المقتول، فإن لم يصر في هذه الحالة فالسلب للثاني وما أخذه المسلمون منهم من الخراج في موادعهم والجزية في معاهدتهم لا خمس فيه خلافًا للشافعي لقوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ الآية [الحشر: ٧] فقد أثبت الحق في الفيء لجماعة المسلمين لا لرسول الله على

الخلوص، ولأن هذا مال أصيب بقوة الكل؛ لأن أهل الحرب إنما مالوا إلى الصلح خوفًا من المسلمين فكان مصابًا برعب الكل وقوتهم وشوكتهم فلا يختص به النبي صلى الله عليه وسلم ولا بخمس؛ لأنه أصيب من جهة الكفرة لا على وجه القهر والغلبة بل على وجه المصالحة والمسالمة فصار كالمتلصص إذا أخذ من مال المشركين والله أعلم.

(باب متى تملك الغنائم ويجوز قسمتها)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما يتعلق بالغنائم من الملك والحق.

والثاني: في جواز قسمتها.

(فصل)

الغنائم لا تملك قبل الإحراز بدار الإسلام خلافًا للشافعي وينبني على هذا لو باع الإمام شيئًا من الغنيمة لا لحاجة الغزاة أو باع واحد من الغانمين لا يجوز، ولو أتلفه واحد من الغانمين في دار الحرب لا يضمن، ولو مات واحد من الغزاة لا يورث نصيبه، ولو لحق المدد الجيش قبل القسمة في دار الحرب يشاركوهم في الغنيمة، ولو قسم الإمام في دار الحرب لا لحاجة الغزاة لا تصح القسمة.

وعند الشافعي: الحكم على عكسه، ولو قسمها نفل بالإجماع.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بعدما قدم المدينة، فهذا دليل على أن الغنيمة لا تقسم إلا بعد الإحراز بالدار، ولأن سبب الملك هو الاستيلاء لا يتحقق في دار الحرب؛ لأن الاستيلاء الذي هو سبب لإفادة الملك عبارة عن اليد الناقلة واليد الحافظة؛ لأن الملك عبارة عن الاختصاص الشرعي ينبني على الاختصاص الحقيقي فالاختصاص الحقيقي إنما يثبت باليد الناقلة والحافظة؛ لأن الملك يراد للانتفاع والارتفاق والتمكن من الانتفاع بالمستولى إنما يثبت اليد الناقلة والحافظة واليد

الحافظة لم تثبت للغزاة؛ لأن اليد الحافظة باقية للكفرة على الدار وما فيها؛ لأن لهم قوة وشوكة ولهم قدرة انتزاع المال واستنقاذه من أيدي الغزاة ومع بقاء اليد الحافظة للكفرة لا تثبت اليد الحافظة للغزاة فقد انعدم أحد شرطي الاستيلاء فانعدم الاستيلاء فلم يثبت الملك وإن قسمها نفذ ولزم؛ لأن ثبوت الملك في دار الحرب أمر مختلف فيه، فإذا قضى بالملك والقسمة ولاح اجتهاده في جوازها فقد قضى في فعل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه فالحاصل أن الغنائم لا تملك بالإصابة ولكن يثبت الحق فيها بالإصابة ويتأكد الحق بالإحراز ويثبت بالقسمة كالشفعة تثبت بالبيع وتستقر بالطلب وتملك بالقضاء حتى أن الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام لا يكون حرا.

ولو أسلم الآخذ يكون حرا، وكذا لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز بدار الإسلام فإنهم لا يختصون بأموالهم بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق بسبب الشوكة وفي الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد، وكذلك ليس لواحد من الغزاة أن يأخذ شيئًا من الغنائم من غير حاجة، وذلك لأنه تعلق به حق الغزاة باعتبار ثبوت يد الناقلة والمتصرف لهم، وحق الإنسان معصوم محترم بحقيقة ملكه فلا يجوز إبطاله وإزالته كحق الشرب وحق المرور في ملك الغير وبعد الإحراز قبل القسمة يتأكد الحق ويستقر، ولهذا قالوا: لو مات واحد منهم يورث نصيبه.

ولو قسم الإمام أو باع جاز ونفذ، ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ويضمن المتلف ولكن الملك لا يثبت لكل واحد منهم إلا بالقسمة حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبدا من المغنم لا ينفذ العتق؛ لأنه لم يثبت الملك الخاص لكل واحد فيما يصيبه؛ لأن الشوكة متى كانت عامة لا تصيب كل واحد منهم ما يمكن الانتفاع به، ولو وطئ منهم جارية لا يحد؛ لأن له فيها شبهة حق كما لو سرق شيئًا من الغنيمة لم تقطع يده ولا يثبت السبب لعدم الملك من كل وجه؛ لأن الثابت لهم الحق وهو ثبوت اليد النافلة المتصرفة لا الملك من وجه والحق لا يكفي لثبات النسب، كالمرتهن استولد جارية مرهونة ويؤخذ منه العقد أن وطأها في دار الإسلام دون دار الحرب؛ لأنه أتلف منافع بضعها.

ولو أتلف جزءًا منها في دار الإسلام ضمن فكذا إذا أتلف منافع بضعها؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، فإذا سقطت العقوبة يلزمه الغرامة إظهارًا لخطر الإبضاع وهذا إذا كانت الشركة خاصة، وإن كانت عامة يجب العقد كما في العتق كما تبين.

ولو قسمت القسمة فوقعت جارية في أهل راية فأعتقها رجل منهم جاز إذا كانوا مائة أو أقل، ولست أوقت فيه وقتا أي لا ألزم هذا التقدير الناس، وهذا لأن القوم إذا كانوا كثيرًا لا يمكن اعتبار الملك في نفوذ العتق؛ لأنه لا يصيب كل واحد منهم من الملك ما يمكن الانتفاع به، وإن كان قليلًا أمكن اعتباره في حق نفوذ العتق؛ لأن يصيب كل واحد من الملك ما ينتفع به ثم جعل المائة وما دونها في حد القلة وما فوقها في حد الكثرة، وقد ذكر في كتاب الشفعة في الشركة إذا كانت الجماعة إن كانوا يحصون فهم قليل وانعقدت الشركة بينهم في الملك فثبتت لهم الشفعة، وإن كانوا لا يحصون فهم كثير فلا تثبت لهم الشفعة ومعرفة عدد يحصي أولا يحصي مفوَّضة إلى رأي الإمام، وقد رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم بخيبر وجعل لكل مائة سهمًا، فكانت تلك القسمة للملك، فدل أن المائة وما دونها في حكم شركة خاصة.

(فصل)

ويجوز قسمة الحمل في دار الحرب لأنها لا تعتمد إقرار الملك، وإن كان مع الإمام فضل حمولة من مال بيت المال فإنه يحمل عليها؛ لأن الغنيمة والحمولة كلهم مال المسلمين، وإن لم يكن معه فضل حمولة ومن الغانمين من له فضل حمولة إن طابت أنفسهم بأجر يحمل عليها، وإن لم تطب أنفسهم.

وذكر في (السير الصغير): لا يكرههم على حمل الغنيمة؛ لأنه لا يحل الانتفاع بمال المسلم إلا بطيب نفسه، كما إذا هلك دابة إنسان في المفازة في دار الإسلام فوجد فضل حمولة مع غيره لا يجوز له أن يحمل عليها بغير رضاء المالك.

وذكر في (السير الكبير): يحمل على كره منهم بأجر المثل كما إذا انقضت مدة

الإجارة في المفازة أو في البحر تنعقد إجارة أخرى بأجر المثل للضرورة فكذا هذا؛ لأنه في الحالين يملك منافع دابة الغير بأجر المثل للضرورة وهو صيانة المال وصار كما لو اضطر إلى طعام الغير يحل تناوله بعوض، فإذا لم يجز الإكراه على هذه الرواية، وإن لم يجد حمولة ماذا يصنع.

أما السبايا، فإنه يمشيهم إلى دار الإسلام إن أطاقوا المشي، وإن لم يطيقوه قتل الرجال منهم؛ لأن له قتال الرجال إن أمكنه إخراجهم إلى دار الإسلام فعند عدم الإمكان أولى.

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان، وترك النساء والصبيان في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعًا وعطشًا، ولم يترك في أرض عامرة ؛ لأنه تعذر قتلهم لأنا نهينا عن قتلهم، ولا وجه إلى تركهم في أرض عامرة فيعودون حربًا علينا.

أما النساء، فإنه يقع بهن النسل والذراري فيبلغون فيعودون حربا علينا وقد أمرنا أن نفعل بهم ما ينقطع شرهم وحربهم عنا فلم نجد طريقا سوى أن نتركهم في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعًا وعطشًا، ولهذا قال علماؤنا: إذا وجد المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب في رجالهم ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها؛ لأن في القتل قطع نسلها وفيه منفعة للكفار وقد أمرنا بضده.

فأما السلاح والمتاع يحرقها إذا لم يقدر على الإخراج لكي لا ينتفع بها أهل الحرب، وإن كان سلاحًا من حديد لا يحترق بالنار ذكر في السير الكبير: أنه يدفن؛ لأن أقصى سبب يؤدي إلى قطع منفعته الدفن والدواب والمواشي يذبحها ثم يحرقها ولا يمثل.

وقال الشافعي: يتركونها ولا يذبحونها؛ لأن هذا ذبح لغرض صحيح فيكون مباحًا كما لو ذبحها للأكل بل أولى؛ لأن منفعة الأكل تخص الأكل ومنفعة هذا الذبح تعم المسلمين؛ لأن فيه كسر شوكة الكفار وإلحاق الغيظ بهم وفي كسر شوكتهم وقطع عددهم وآلتهم منفعة المسلمين، فكان النص الوارد بإباحة الذبح

لمنفعة الأكل، وهو أنه صلى الله عليه وسلم **"نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة"**(١) وأراد دلالة وإباحة هذا الذبح بطريق الأولى.

ارتد طائفة من معسكر المسلمين فاعتزلوا أو نابذوا، فأصاب المسلمون غنيمة وأصاب أولئك المرتدون أيضًا من أهل الشرك، ثم تابوا قبل الإحراز بالدار، لم يشاركوا المسلمين في غنائمهم ولا المسلمون إياهم فيما أصابهم، بل يختص كل فريق بما أصابه؛ لأنه انقطع التناصر والتعاون بينهم بالردة، فلم يكن كل فريق بمظاهر للآخر؛ لأنه بعد الردة لم يبق المرتدين من أهل النصرة للمسلم فبطل ما انعقد من سبب الاستحقاق الذي وجد وقت المجاورة لافتقاد النصرة الأهلية. وفي قتال بعده عادوا إلى ما كانوا؛ لأن المشاركة في القتال والإحراز بدار الحرب من الأهل كما في الاستحقاق، وإن لم توجد المشاركة في السبب عند مجاوزة الدرب.

([السير الكبير](٢)): أصله أن الشركة متى كانت عامة لا يعتق أحد على أحد بالإعتاق ولا بالقرابة، ومتى كانت خاصة فإنه يعتق بهما؛ لأن الشركة متى كانت عامة كان للإمام رأيًا في الغنائم، فإنه يملك إبطال حق الغانمين في الغنيمة بالمن عليهم، وكذلك في القتل في الرجال البالغين فلم يكن الملك ثابتا للغانمين ومتى كانت خاصة بأن قال: من أصاب شيئًا فهو له؛ فأصاب كل واحد عبدًا، فإنه يملكه ولا يملك الإمام إبطال ملكه بالمن والقتل.

ولو قال للسرية: ما أصبتم فهو لكم؛ ينظر إن كانوا كثيرًا فهذه شركة عامة بمنزلة الغنيمة لا ينفذ عتق أحدهم، وإن كانوا قليلًا ينفذ استحسانًا لأنهم يملكون المصاب فصار كالعبيد المشتركة بين جماعة. ثم اختلفت الروايات في الحد الفاصل بين القليل والكثير في بعضها القليل هم التسعة والكثير ما فوقها وفي بعضها قدره بعشرة كنصاب السرقة وفي بعضها بأربعين وفي بعضها بالمائة على ما ذكرنا.

ولو بعث الإمام سرية أربعة أو ثلاثة من دار الحرب وقال: ما أصبتم فلكم منه الربع؛ فأصابوا غنائم فيها رقيق، فإنه لا يعتق بقرابته منهم ولا بإعتاقه بعضهم؛ لأن العسكر

---

(١) انظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للإمام محمد التبريزي ٤٥٧/٧.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

شركة فيما دون النفل والشركة في الغنيمة متى كانت عامة تمنع نفوذ العتق. [والله أعلم بالصواب، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على محمد وآله وسلم](١).

(باب كيفية قسمة الغنيمة)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في القسمة بين الإمام والغانمين.

والثاني: في القسمة بين الغانمين.

(فصل)

وتقسم الغنائم على خمسة أسهم: فأربعة أسهم للغزاة، والخمس لأربابه، ويقسم الخمس على ثلاثة أسهم: سهم لذوي القربي، وسهم للرسول، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل.

وعند الشافعي على خمسة أسهم: سهم لذوي القربى، وسهم للرسول يُدفع إلى الفقراء، والثلاثة كما ذكرنا.

وقال بعض الناس: على ستة أسهم: سهم لله تعالى يصرف إلى عمارة البيت وأستاره، وسهم الرسول يصرف إلى كل خليفة في زمانه، وأربعة كما ذكرنا.

والصحيح قولنا؛ لأن سهم الله تعالى ذكر للتبرك والافتتاح باسمه لاستغناء الله تعالى عن إثبات الحقوق له، فإن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى وسهم الرسول ساقط بموته؛ لأنه كان يستحقه بالرسالة؛ لأنه أضاف السهم إلى الرسول والرسول اسم مشتق من الرسالة فيصير موضع الاشتقاق على الاستحقاق إذا كان له أثر في الاستحقاق وللرسالة أثر، فإن في تبليغ الرسالة ونصب الشريعة وتمهيد المسألة عامل للمسلمين ومن استعد لعمل المسلمين يستحق الكفاية في مالهم كالإمام والقاضي والرسالة قد سقطت بموته فتسقط كفايته، وسهم ذوي القربى ساقط

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

لإجماع الصحابة؛ لأنه رُوي أن الخلفاء الراشدين أبا بكر وعمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم قسموا خمس الغنائم على ثلاثة أسهم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهم تلوا كتاب الله تعالى وعاينوا قسمة الرسول فلولا أنهم عرفوا أن الأمر كما ذكرنا وإلا لما قسموا على ثلاثة أسهم، ولأنكر عليهم سائر الصحابة، وحيث لم ينكر عليهم أحد فحلَّ محلَّ الإجماع.

وقوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] قيل: المراد به قرب النصرة المصاحبة، وقيل: لذوي القرب وهو من يتقرب لله تعالى بصرف المال إليه وهو الفقير دون الغني، وعندنا يصرف إلى فقرائهم، وقد جاء في الأخبار أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة حظوظ في الغنائم: سهم الصفي وخمس الخمس وسهم كسهم واحد من الغانمين، ومعنى الصفي أنه كان يصطفي لنفسه شيئًا قبل القسمة من سيف أو درع أو جارية أو نحو ذلك، وقد كان هذا للوالي في الجاهلية مع خطوط أخر فنسخ ذلك كله سوى الصفي، فإنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يبق بعد وفاته بالاتفاق حتى أنه ليس للإمام الصفي بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفصل. ويقسم أربعة الأخماس على الجيش فيعطى للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة وزفر، وعندهما والشافعي للفارس ثلاثة أسهم، هكذا روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهمًا له، وسهمان لفرسه[1]، ولأن سبب الاستحقاق للغنيمة

(١) أخرجه «البخاري» ٣٠/٤ (٢٨٦٣) قال: حدثنا عبيد بن إسماعيل، عن أبي أسامة. وفي ١٣٦/٥ (٤٢٢٨) قال: حدثنا الحسن بن إسحاق، قال: حدثنا محمد بن سابق، قال: حدثنا زائدة. و«مسلم» ١٥٦/٥ (٤٦٠٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو كامل، فضيل بن حسين، كلاهما عن سليم، قال يحيى: أخبرنا سليم بن أخضر. وفي (٤٦٠٨) قال: حدثناه ابن نمير، قال: حدثنا أبي. و«ابن ماجه» (٢٨٥٤) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«أبو داود» (٢٧٣٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٥٥٤) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، وحميد بن مسعدة، قالا: حدثنا سليم بن أخضر. وفي (١٥٥٤م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سليم بن أخضر. و«ابن حبان» =

الجهاد، والجهاد يقع بالعناء وعناء الفرس ضعف عناء الرجل؛ لأن للفارس عناء الكر والفر والإتباع بعد الانهزام من جنس الكر فيعتبر نوعا واحدا كالسائل في السلاح يساوي الأعزل والفرس والبرذون سواء؛ لأن البرذون مثل الفرس والعناء؛ لأنه يصلح للكر والطالب إلا أن الفرس أعلى من البرذون في الكر والطلب إلا أن البرذون أكثر انقياد أو انعطافا وألين لصاحبه من الفرس، وهذا يحتاج إليه في باب الحرب كالعدو فيقوم هذا مقام ذلك فيستويان فالنص الوارد في الفرس وارد في البرذون دلالة والبغال والرواحل سواء؛ لأن البغل لا يصلح للكر والفر وهو الحمار والفارس في السفينة في البحر يستحق سهمين، وإن لم يمكنه القتال على الفرس في السفينة؛ لأنه إن لم يباشر القتل على الفرس فقد تأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشيء كالمباشر له، ألا ترى أن الإمام لو بعث سرية من الجند فما أصاب السرية يكون بينهما وبين الجند، وإن لم يوجد من الجند القتال لأنهم متأهبين للقتال.

وكذلك المدد إذا لحقوا الجيش ولا يسهم إلا لفرس واحد، وقال أبو يوسف: سهم لفرسين؛ لما روى المقداد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين ولأنه قد يحتاج إلى اثنين للقتال إذا أعيا أحدهما يركب الآخر فصار الثاني كالأول، لما ما رُوي أن الزبير بين العوام حضر خيبر بأفراس فلم يسهمه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد، وما رُوي أنه أسهم لفرسين محمول على غنائم بدر فإنها جعلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الخصوص، وما روينا

=

(٤٨١٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم المروزي، قال: حدثنا سليم بن أخضر. وفي (٤٨١١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الله بن الوليد، عن سفيان الثوري. وفي (٤٨١٢) قال: أخبرنا عبد الله بن قحطبة، قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: حدثنا سليم بن أخضر.

سبعتهم: (أبو أسامة، حماد بن أسامة، وعبد الله بن نمير، وهشيم بن بشير، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وسليم بن أخضر، وسفيان الثوري، وزائدة بن قدامة) عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، فذكره.

أن أسهم لفرس واحد محمول على غنمنا من الغنائم توفيقا بين الحديثين عملًا بهما ولأنه لا يمكنه القتال على فرسين إلا أنه يحصل بالثاني زيادة عناء في الكر والإتباع، فإن الأول إذا أعيا يكر على الثاني ويتبع ولكن الزيادة على العناء لا عبرة بها في زيادة الاستحقاق، فإن الأفراس والرجالة يتفاوتون في العناء فيكون المعتبر أصل العناء لا مقداره؛ لأنه غير مضبوط ولا سهم للعبد والمرأة والصبي ويرضخ لهم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم للعبد والنساء والصبيان، وعن ابن عباس في العبد والمرأة ليس لهما سهم ويرضخ لهما، وكذلك المكاتب والذمي يرضخ لهما، ولأنه لا يجب على هؤلاء القتال إلا عند الضرورة فلا يقع فعلهم جهادا، ويجوز الاستعانة بالذمي في الجهاد إذا احتاج لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: **"أن النبي صلى الله عليه وسلم استعان بيهود بني قينقاع على بني قريظة ولم يعطهم من الغنيمة شيئًا"**، ولا يجوز بغير حاجة ولا يرضخ العبد إذا كان في خدمة مولاه ولا أهل السوق إذا لم يقاتلوا بخلاف المرأة إذا كانت تقوم على المرضى وتداويهم وتحفظ متاعهم يرضخ لها شيء؛ لأن حقيقة القتال لا يتصور منها فأقيمت الإعانة منها مقام حقيقة القتال ومن العبد يتصور فلا تقام الإعانة مقام حقيقة القتال، وسبب الاستحقاق ومجاورة الدرب لقصد القتال كما تبين فما لم يوجد منه مجاوزة الدرب لقصد القتال فلا يستحق وأهل السوق جاوزوا الدرب بقصد التجارة لا بقصد القتال.

(فصل)

وإذا جاوز الدرب مع الجيش فارسًا ثم نفق فرسه أو عقره فله سهم الفرسان.

وعند الشافعي: له سهم الرجالة، وهذا بناء على أن المعتبر عنده شهود الوقعة وعندنا مجاوزة الدرب لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من جاوز الدرب فارسًا ثم عقر جواده أسهم له سهم فارس، ولم يرو عن غيره خلاف ذلك فحلَّ محلَّ الإجماع، ولأن سبب الاستحقاق سهم الفرسان مجاوزة الدرب فارسا، فإن عليه الاستحقاق حقيقة القتال؛ لأن الاستيلاء يتحقق بالقهر والغلبة وذلك يتحقق بالقتال إلا أن يعذر تعليق الحكم بحقيقة القتال؛ لأنه لا يمكن للإمام الوقوف عليه

إلا بالتفحص والمراقبة عن حال كل فرد واحد وفيه حرج ومجاوزة الدرب بسبب مفضي إلى القتال غالبًا؛ لأن اشتغاله بتهيؤ آلات القتل واستصحابه والمخاطرة بروحه بدخوله دار الحرب أمارة ظاهرة وعلامات واضحة على أن دخل دار الحرب لأجل القتال ابتغاء لمرضات الله تعالى وفي اعتبار شهود الوقعة سببا حرج؛ لأنه حال التشاغل بالحراب ففي كل ساعة يتوهم أن تقع الدائرة على المسلمين أو على الكفرة فلا يمكن التفحص عن حالهم.

ولو دخل راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل عليه له سهم الراجل؛ لأن السبب انعقد موجبا بحق الرجالة فلا يتغير حقه.

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه له سهم الراجل، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: له سهم الفارس؛ لأن سبب الاستحقاق سهم الفارس وجد وهو مجاوزة الدرب فارسا فاستحق، كما لو نفق فرسه، وفي ظاهر الرواية فرق بين الهلاك والبيع، والفرق أن سبب الاستحقاق مجاوزة الدرب لقصد القتال لا مجرد المجاوزة إلا أن قصد القتال أمر باطن منكتمٌ فأقيم سبب ظاهر يدل على قصد القتال مقامه وهو كونه عاريا لا تاجرًا، فإن كونه عاريا متشمرًا للقتال حالة المجاوزة دلالة ظاهرة على قصد القتال فقام مقامه وبهلاك الفرس لم يتبين أن المجاوزة لم تكن بقصد القتال، وبالبيع ظهر أن المجاوزة كان للتجارة لا لقصد القتال فلم يوجد في حقه سبب الاستحقاق.

ولو شهد الوقعة فارسًا ثم باع فرسه استحق سهم الفرسان؛ لأنه لم يتبين أنه دخل للتجارة بل لأجل القتال؛ لأن القتال قد يكون في مضيفة ومسخره على وجه لا يمكنه الحراب فارسًا فيبيعه ليستمر للقتال راجلا بأبلغ الوجوه فيحمل على الضرورة.

ولو جاوز الدرب على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرد المالك وشهد الوقعة راجلا فيه روايتان: في رواية: يستحق سهم الفرسان، كما لو شهد الوقعة على فرس مغصوب ونحوه فاسترده المالك استحق سهم الفرسان. وفي رواية: يستحق سهم الرجالة؛ لأنه لم يضم العزم على القتال حالة الدخول؛ لأنه لما دخل دارهم على فرس مغصوب أو مستعار مع علمه أن المالك مسترده أو تنقضي من

الإجارة فيسترده المالك فقد ظهر وبان أنه لم يضم عزمه وقصده على القتال فارسًا، فلم يتحقق مبدأ استحقاق سهم الفرسان في حقه.

خرج رجل أو سبي فأصيبت الغنيمة قبل الرد ورجوع الأسير ثم رجعوا شاركوهم في الغنيمة؛ لأنه وجد مجاوزة الدرب بقصد القتال إلا أنه عجز عن القتال بعذر.

ولو جاوز الدرب بقصد القتال ولم يقاتل استحق الغنيمة؛ لأنه متهيؤٌ للقتال، فإذا قعد عن القتال بعذر أولى أن يستحق.

أسلم رجل من أهل الحرب أو كان مسلما تاجرا أو مرتدا فأسلم أو لحق بالجيش لم يشاركوهم في الغنيمة إلا أن يقاتلوا معهم؛ لأنه لم يوجد منه سبب القتال وهو مجاوزة الدرب بنية القتال ولا حقيقة القتال لا جَرَمَ إذا قاتلوا استحقوا المطوع في الغرور وصاحب الديوان في الغنيمة سواء لاستوائهما في الجهاد.

(باب ما يجوز الانتفاع به من الغنيمة وما لا يجوز)

(السير الصغير): ويجوز تناول الطعام والعلف قبل القسمة على قدر الحاجة، وعلى رواية (السير الكبير): ويجوز أيضًا بغير حاجة، ويستوي فيه الغني والفقير. وجه هذه الرواية ما رُوي عن عبد الله بن أوفى أنه قال تخمَّس طعام خيبر وكان قليلًا، واحدنا إذا احتاج إلى شيء أخذ قدر حاجته فقيد التناول بالحاجة، ولأن هذا مال مغنوم بين جماعة فلا يباح التناول منه إلا بالحاجة كما في السلاح والثياب.

وجه رواية (السير الكبير): ما رُوي أن عامل عمر كتب إلى عمر فقال: إنا ظفرنا بأرض كثيرة الطعام والعلف، فماذا ترى فيها أمير المؤمنين؟ فكتب إليه: دعهم يأكلوا ويعلفوا، ولم يعلق التناول بالحاجة؛ ولأنه يتعذَّر عليهم حمل الطعام والعلف مدة ذهابهم وإيابهم ومقامهم في دار الحرب لما فيه من حرج عظيم، والشراء منهم متعذر فلو لم يَجُزِ التناول لضاق الأمر على الغانم فبقي على الإباحة الأصلية لمكان الضرورة ومتى بقي على الإباحة الأصلية للضرورة يجوز للغني التناول بغير حاجة، فإذا كان محرزا بدار الإسلام لا يباح التناول من غير الضمان لانعدام الضرورة وما فضل منه فضله بعد الخروج إلى دار الإسلام بعدها إلى الغنيمة إن لم يقسم إن كان

غنيا، وإن كان فقيرا يأكل بالضمان؛ لأنه ليس له أخذ الطعام بعد الإحراز فكذلك الإمساك إلا أن الحاجة قد ارتفعت، وإن قسمت باعها وتصدق بثمنها؛ لأنه لا يمكنه قسمته لقلته فتعذر إيصاله إلى المستحق فيصدق به كاللقطة.

ولو باع شيئًا منه قبل القسمة يرد ثمنه للمغنم؛ لأنه بدل عين كان الحق فيه للجماعة لم يكن هو مختصًا به، وإن كان بعد القسمة يتصدق على الفقراء إن كان غنيا ويأكل إن كان فقيرا وكل ما كان مأكولا أو مشروبا مثل السمن والزيت والخل فلا بأس بالتناول والإدهان لنفسه ودابته، بخلاف دهن البنفسج لا يباح لهم تناوله، وكذلك الهليلج والتليلج المريء؛ لأن هذا لا يستعمل استعمال الطعام بل يستعمل للزينة والتطيب أو للتداوي، فلا يستعمل إلا إذا احتاج إليه للتداوي، وما سوى الطعام والعلف من الأموال لا يباح للغزاة أن يأخذوا شيئًا منها لتعلق حق الكل بها لقوله عليه السلام: "**ردوا الخيط والمخيط وكلوا واعلفوا ولا تحملوا إلا في السلاح والكراع والثياب عند الحاجة**"، ويكره من غير حاجة ويرد إلى المغنم إذا استغنى أو يدفع إليه تحصينه من الغنيمة بخلاف الطعام والعلف؛ لأنه بعد رحلة في دار الإسلام مدة ذهابه وإيابه فأقيم كونه في دار الحرب مقام الحاجة؛ لأنه سبب مؤدي إلى الحاجة في حق الطعام غالبًا، فأما إن أمكن حمل السلاح والثياب مع نفسه ما يكفيه مدة قيامه في دار الحرب فلا يقام كونهم في دار الحرب مقام الحاجة بل اعتبرت حقيقة الحاجة في السلاح والثياب.

(فصل)

وجد مسلم جارية مأسورة له في دار الحرب في أيديهم وقد دخل بأمان كرهت له غصبها أو وطأها إذا كانت مدبرة أو أم ولد له فلا يكره؛ لأن المدبر وأم الولد لا يملكونها بخلاف القنة، وهذا لأنه بعقد الأمان ضمن أن لا يسرق ولا يغصب شيئًا من أموالهم، فإذا فعل كان هذا عدوًا ونقضا للعهد منه وهذا حرام، فإن وطئ مدبرته أو أم ولده أهل الحرب لا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها؛ لأنهم باشروا الوطء على تأويل الملك، فتجب العدة ويثبت النسب للرجل المأسور فيهم لا يكره له أن يسرق أمته وسائر أموالهم وأن يقتلهم؛ لأنه لا عهد بينه وبينهم، وأموالهم

وأنفسهم مباحة في حقنا، ولا يحل لمن وقعت امرأته المرتدة في سهمه أن يطأها، فإن كانت كتابية؛ لأنه لا يحل للمسلم وطؤها بالنكاح فكذا لا يحل بملك اليمين.

ثم هنا ثلاث مسائل: إحداها: المتنفل. والثانية: المتلصص. والثالثة: المسلم المستأمن.

أما المتنفل: لو قال الإمام: من أصاب شيئًا فهو له؛ فأصاب رجل جارية فاستولدها؛ لا يطؤها ولا يبيعها حتى يخرج إلى دار الإسلام عندهما.

وعند محمد: يطؤها إذا استبرأها بحيضة.

لمحمد: أنه اختص بملكها؛ إذ ليس لا حد سواه فيها حق ولا ملك؛ فوطؤه يصادف ملكه خالصا محل له، كالجارية المشتراة من أهل الحرب.

والجارية المقسومة من الغنيمة.

لهما: أنه علق ملكه بمطلق الإصابة، والإصابة إنما تتم إذا زالت يد الكفرة عن المال من كل وجه والمال ما دام في دار الحرب فهو في يد الكفرة الحافظة كما بينا فلم تتم الإصابة فلم يتم الملك، بخلاف الجارية المقسومة؛ لأن القسمة من الإمام قضاء بالملك لهم في محل مجتهد فيه فقد قضاه وثبت الملك لهم في المصاب.

وأما التنفل ليس بقضاء بالملك له بل هو تخصيص بالتمليك بالإصابة.

وأما المتلصص إذا أخذ جارية لا يطؤها ولا يبيعها حتى يخرجها إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يملكها قبل الإحراز؛ لأن سبب الملك وهو الاستيلاء لم يتحقق، ولهذا المدد إذا لحقه شاركه فيما أخذه.

والثالثة: مسلم دخل دارهم بأمان، فاشترى جارية كتابية واستبرأها؛ يحل له وطؤها، ويكره؛ لأن الملك قد تم فيها لتمام سبب الملك وهو الشراء، وإنما كره؛ لأنه ربما تحمل منه فيستنقذها الكفار من يده فيبقى له نسل في دار الحرب فيكره كراهة التنزيه.

(باب ما يظهر عليه المشركون من أموال المسلمين)

(السير الصغير) مسائله على فصول:

أحدها: في أخذ الكفار أموال المسلم.

والثاني: فيما إذا وجد المالك المأسور في الغنيمة أو في يد المشتري من أهل الحرب.

والثالث: في المأسور إذا وقع في سهم رجل فتصرف فيه.

والرابع: في المأسور إذا زاد أو نقص.

والخامس: في إتباع الكفار واستنفاذ المال منهم.

(فصل)

الكفار إذا استولوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها، خلافًا للشافعي لما روى غنم بن طرفة: أن الكفار أصابوا بعيرًا لنا، فاشتراه منهم رجل فأخرجه إلى دار الإسلام فعرفه صاحبه وخاصمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام: "**إن شئت أخذت بالثمن الذي اشتراه وإلا فهو له**".

وعند الشافعي: يأخذه بغير شيء، فهذا الحديث حجة عليه، ولأن الاستيلاء ورد على مال مباح؛ لأن المال خلق مباحا لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] إلا أنه قام دليل العاصم في حق المسلم وثبتت العصمة بعد الإحراز ليتمكن هو من الانتفاع بملكه، فمن ادعى قيام دليل العاصم في حق الكفار مع أن دليل المبيح يسهل على أحوال ولا يتعارض جميعا فعليه الدليل.

ولو استولوا على أرقابنا من العبيد والمكاتبين والمدبرين لا يملكونها لأنها لم تخلق محلا للتملك في الأصل؛ لأن الحرية والحرية أصل في آدم والرق والمالية إنما ثبتت بعارض استنكافه واستكباره عن طاعة الله تعالى واستسلامه، والشرع جعله محلا للتملك حقا على استنكافه في حق المسلم دون الكافر.

الكفار إذا وجدوا عبدًا آبقًا إلى دارهم لا يملكونه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يملكونه.

ولو أخذوا مدبرا لنا ومكاتبينا وأمهات أولادنا لا يملكونهم بالإجماع، حتى لو وجد المالك القديم في الغنيمة يأخذه بغير شيء قبل القسمة وبعدها.

لهما: أن الاستيلاء قد تحقق وهو إثبات اليد الناقلة والحافظة والمحل قابل للملك فثبت الملك فيه.

لأبي حنيفة: أن الاستيلاء على الآبق لم يتحقق؛ لأنه لما انفصل عن دار الإسلام وقع في يد نفسه يدا حافظة؛ لأن لكل آدمي يد على نفسه يدا حافظة، فإن له قدرة حفظ نفسه عن المهالك إما بالمقاومة أو بالحيلة أو المخادعة بالرأي والتدبر؛ لأنه زالت يد المولى عنه حقيقة وحكمًا؛ لأنه بالإباق صار غاصبًا متمردًا على مولاه فلا تخلو يده عن يد مولاه ويد العبد كانت ثابتة على نفسه يد الحافظة سابقة على يد المولى إلا أن الشرع أسقط اعتبارها حال قيام يد المولى عليه، فإذا انقطعت يد المولى عنه ظهرت يده السابقة على نفسه ومع ثبوت يده الحافظة على نفسه لا تثبت اليد الحافظة للكفرة فلم يتحقق الاستيلاء، بخلاف ما لو أخذ من دار الإسلام فإنهم يملكونه بالإجماع؛ لأن العبد ما دام مترددا في دار الإسلام فهو في يد المولى حكمًا واعتبارًا؛ لقيام يد أهل الإسلام على الدار على الدار فلم يظهر يد العبد على نفسه مع قيام يد المولى عليه، فإذا أحرزوه بدارهم تثبت لهم اليد الحافظة كما انفصل عن دار الإسلام فيتحقق الاستيلاء.

انقلبت إليهم دابة مسلم وأخذوها تصير مملوكة لهم؛ لأن الدابة لا تثبت لها يد على نفسها.

(فصل)

ومن وجد شيئًا من ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه بغير شيء، وبعد القسمة أخذه بالقيمة؛ لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلاً وجد بعيرا له في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك، فقال له صلى الله عليه وسلم لما سأله: "**إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعدما قسم أخذته بالقيمة**"، وأما التعداد والمكيل والموزون فلا سبيل له بعد القسمة؛ لأن لو أخذه أخذه بمثلها وذلك لا يفيد وقبل القسمة يأخذه مجانا.

ولو وجد عبده الآبق وقع في سهم رجل أخذه مجانا وعوضه الإمام من بيت المال وإن وجده في يد مشتري من أهل الحرب يأخذه بغير ثمن عند أبي حنيفة.

وعندهما: إن وجده في الغنيمة بعد القسمة يأخذه بالقيمة ويأخذه من مشتريه بالثمن، وإن وهبوه رحلاً يأخذه بقيمته.

تملك الكفار فملكه الغانمون والمشتري من الكفار فيأخذه المالك بغير شيء، وإنما يعوض الغانم؛ لأنه لا يمكن نقض القسمة العظيمة ولا إبطال حقه فلم يبق إلا التعويض، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه؛ لأن المولى يدعي حق الأخذ بغير بدل وهو ينكر.

وكذلك مأسور من مشتري المشتري من أهل الحرب بالثمن الذي اشتراه، ولو اشتراه من أهل الحرب فاشتروه ثانيا ثم اشتراه آخر منهم ثم حصره مولاه الأول لا يستقل عليه والمشتري الأول أحق بالأخذ بالثمن؛ لأن السبي والأسر ورد على ملك المشتري الأول فكان أحق بأخذه، ومتى أخذه عاد المولى الأول إلى حقه لظهور محل حقه فلا يحط عن ذلك شيء صيانة لحق المأخوذ منه، وإن أبى المشتري الأول أن يأخذه فلا سبيل إلى الأول عليه؛ لأنه لم يظهر محل حقه وهو ملك المشتري الأول، نظيره الواهب الثاني إذا رجع في الهبة وأخذها كان للواهب الأول أن يرجع في هبته لظهور محل حقه، وإذا لم يرجع الثاني لم يكن للواهب الأول الرجوع على الموهوب له الثاني، وإن أخذه المشتري الأول كان للمولى أن يأخذه باليمين؛ لأن العبد عاد إلى قديم ملك الثاني وقام عليه باليمين.

الجارية المرهونة بألف وهي قيمتها فأسرها العدو ثم اشتراها رجل منه بألف فأخذها مولاها بالثمن، وإذا أخذها لم يكن رهنا.

وذكر في (الجامع الكبير): أن حق الأخذ للمرتهن إذا حضر، فإن غاب المرتهن فللراهن؛ لأنهما متى حضرا فإثبات حق الأخذ للراهن لا يفيد؛ لأنه متى أخذ كان للمرتهن أن يأخذ منه بما أعطى من ساعته فيثبت حق الأخذ للمرتهن ابتداء قصرا للمسافة وتركا للاشتغال بما لا يفيد، وإن حضر الراهن دون المرتهن فإثبات حق الأخذ له مقيد؛ لأن الأسر وقع على ملكه كما وقع في يد المرتهن، وليس في أخذه إبطال حق المرتهن بل فيه إحياء حقه، وجه هذه الرواية: أن بالأسر زال عن ملك الراهن فصار ملكا للكفرة، وزوال الرهن عن ملك الراهن يوجب بطلان الرهن، كما لو زال عنه بالعتق وبالهلاك فلا يبقى للمرتهن حق الأخذ؛ لأن الراهن متى أخذه كان

للمرتهن أن يأخذ منه؛ لأنه متى عاد إلى قديم ملك الراهن يعود الرهن، ثم ينظر إن كان الثمن بخلاف الدين يرجع الراهن على المرتهن بما أدى ويأخذ المرتهن الرهن ويحبسه بدينه؛ لأن هذا غرم فحق الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن وهو الأسر فيكون قراره عليه، كما لو بقي الرهن في يده وغرم الفداء والذي رجع به على الراهن فكذا هذا.

وإن كانا من جنس واحد والثمن مثل الدين يتقاضيان وقد أفتك الرهن، فإن كان الثمن أقل، فإنه تقع المقاصة بقدر الثمن من الدين ويأخذ المرتهن الرهن ويحبسه بما بقي من الدين، وإن كان الثمن أكثر، فإنه تقع المقاصة بقدر الدين ويرجع بالفضل على المرتهن إذا لم يكن في قيمة الرهن فضلٌ على الدين؛ لأنه يكون كله مضمونا عنده فيكون بمنزلة المغصوب إذا لحق المالك غرم بسبب في ضمان الغاصب يرجع عليه فكذا هذا، وإن كان في يده إجارة أو عارية لم يكن له حق الأخذ؛ لأنه لا حق له في العين لا ملكا ولا يدا بل حقه في الحفظ وقد بطل بخروجه عن ملك المولى، وعلى رواية (**الجامع**): يجب أن يكون للمستأجر حق الأخذ؛ لأن المالك متى أخذه كان للمستأجر أن يأخذه منه فلا يفيد أمان حق الأخذ للمالك، فيثبت حق الأخذ للمستأجر ابتداء كما في الرهن.

وذكر في (السير الكبير): له أخذه قبل القسمة لا بعدها؛ لأن أخذه من الحفظ وهو مأمور بالحفظ، وبعد القسمة يأخذ بعوض، وإنه ليس من الحفظ.

أسر العدو الجارية المبيعة قبل القبض ونقد الثمن، فاشتراها منهم رجل؛ يأخذها البائع بالثمن ثم المشتري بالثمن الأول الذي اشتراها به وبالثمن الذي أمسكها به؛ لأن الأسر وقع على يد البائع، فله أن يأخذه بالثمن وهو لم يكن متطوعا به؛ لأنه عين حقه فيرجع به على المشتري والثمن الثاني واجب على المشتري بعقده.

عبد مأسور أمر رجلا بالشراء فاشترى منهم رجع المشتري عليه بالثمن إذا عتق؛ لأن على الأسير تخليص نفسه بالفداء، فإذا خلصه غيره بأمره يرجع عليه؛ لأنه يعتبر أمره في حقه دون المولى، وإن اشتراه له بغير أمره بطل ماله؛ لأنه تبرع بالفداء.

رجل أمر رجلا أن يشتري حرا من دار الحرب، فاشترى؛ للمأمور أن يرجع على الأمر الذي ضمن له الثمن أو قال: اشتر، فأما إذا قال مطلقًا؛ فلا؛ لأنه إذا قال مطلقا

فقد أمره بالشراء حسن أو لنفسك بخلاف ما إذا قال: اشتر لي؛ لأنه ضمن الرجوع به عليه؛ لأن الشراء لا يقع له إلا وأن يكون الثمن عليه.

(فصل)

العبد المأسور وقع في سهم رجل فدبره أو أعتقه؛ جاز ولا يبقى للمولى عليه سبيل؛ لأن المأسور منه لا يملك نقض تصرف المالك في المأسور؛ لأن تدبيره وعتقه صادف ملكه فنفذ، وإذا لم يملك نقض المأسور منه نقض تصرفاته ولا يمكنه الأخذ من غير نقض التصرف وهذه التصرفات تمنع النقل إلى ملك غيره فيمنع حق الأخذ.

ولو زوجها وولدت من الزوج له أخذها وولدها؛ لأن التزويج لا يمنع النقل ولا يفسخ النكاح؛ لأن ملك النكاح مع ملك اليمين لا يجتمعان، وإن أخذ عقرها أو أرش جناية عليها ليس للمولى عليهما سبيل فرق بين الولد والعقر والأرش، والفرق أن الولد جزء من أجر الأم حقيقة؛ لأنه متولد منها والأم بجميع أجزائها كانت ملكا له في القديم، والعقر والأرش لم يكن من أجزاء الأم، وإنما هو بدل حرمتها ولم يكن ملكا له في القديم بل وجب في ملك مستأنف للمشتري ولأنهما من ذوات الأمثال فلا يجري فيها المفاداة لأنها لا تقيد، ولو نقصها في يد المشتري، فإنه يطرح عن المولى قدر النقصان من الثمن؛ لأن هذا بمعنى الشراء؛ لأنه مبادلة مال بمال فصار كما لو اشترى فوجد به عيبا، وإن لم يكن زوجها حل له وطؤها وإن علم حالها؛ لأنه ملكها بالشراء ملكا صحيحًا؛ لأن للغير حق الاسترجاع وهذا لا يحرم الوطء، كما في الهبة وللوصي أن يأخذ المأسور لليتيم من مشتريه بالثمن ولا يأخذه لنفسه، قالوا: وهذا إذا كان الثمن الذي اشتراه من الحربي مثل قيمته؛ لأن تصرف الوصي مقيد بشرط النظر لليتيم.

لها زوج قبل الأسر فالنكاح بحالة لأنها ذمية أو مسلمة فلم تصر من أهل دارهم.

اشترى من المسلم العبد المأسور منهم ورهنه؛ ليس لمولاه عليه سبيل حتى يفتكه ولا يجبر على الافتكاك؛ لأنه يبطل حق المرتهن في حق الرهن بلا عوض اللهم بأن يتطوع بأداء الدين ثم يعطي الثمن فله ذلك، وإن كان أجره للمولى أن

يأخذه بالثمن ويبطل الإجارة؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والمالك القديم يملك إبطال تصرف المشتري تصرفا غير لازم يحتمل الفسخ إحياء لحقه كالشفيع ولا يملك تصرفا لازما؛ لأنه صادف ملكه وانهزم.

(فصل)

اشتروا عبدًا في عنقه جناية أو دين فرجع إلى مولاه بملكه القديم فكله في عتقه؛ لأن بالأسر لا تبطل الجناية والدين؛ لأنه لا يرد عليه، وإن لم يرجع إليه أو يرجع بملكه مبتدأ فجناية العمد والدين بحال وسقطت جناية الخطأ؛ لأن القود لا يسقط بخروجه عن ملك المولى؛ لأنه متعلق بروحه لا بماليته، وكذلك الدين في ذمته ويتعلق بماليته حكما لا قصدا عند امتناع المولى عن قضاء به فيبقى ببقاء محله وهو الذمة، فأما جناية الخطأ تتعلق بماليته ابتداء، فإذا خرج عن ملك المولى إلى ملك من لا يخلفه بَطَل.

الجارية المأسورة إذا اشتراها منهم مسلم فعميت عنده أو قطعت يدها فأخذ أرشها لا يأخذها مولاها إلا بجميع الثمن ولا يأخذ الأرش؛ لأن هذا مفاداة لا بيع جديد، بدليل العود إلى ملك القديم، والمفاداة لا تنقص بانتقاص الجارية كالأمة الجانية انتقصت واختار المولى فداها. وكذلك لو فقأ المشتري عينها.

وعن محمد: أنه يسقط بحصته من الثمن، وهذا بمنزلة إذا هدم المشتري البناء سقط عن الشفيع حصة البناء كذا هذا.

ولو ولدت عبده فأعتق المشتري الأم أو الولد أخذ الباقي منهما بجميع الثمن؛ لأن الفداء لا يتورع فيما بقي شيء من الأصل أو ما تولّد منه فيلزمه جميع الثمن، وعن محمد: إن أعتق الأم أخذ الولد بحصته من الثمن وليس الولد كالأرش كما بينا.

(فصل)

الكفار إذا أخذوا أموالنا فما دام في دار الإسلام لا يملكونه وعلى المسلمين أن يتبعوهم ويقاتلوهم حتى يستنقذوا ذلك من أيديهم حتى يكون غيظا وكبتًا للمشركين وإعزازًا للدين، فإن دخلوا دار الحرب فالأولى أن يتبعوهم حتى يستنقذوا من أيديهم لما فيه من كسر شوكتهم؛ ليكون فطاما وقلعا لهم عن العود إلى مثل هذا ولا يفترض عليهم الإتباع؛ لأن أموالنا بالإحراز بدار الحرب صارت ملكا لهم فالتحق

بسائر أملاكهم، وإن أخذوا المسلمين وذراريهم وأحرزوهم بدارهم يفترض على المسلمين أن يتبعوهم ويقاتلوهم حتى يستنقذوا ذلك من أيديهم لأنهم لا يملكون النساء والذراري بالقهر والغلبة والإحراز، فإن حياتهم قد تأكدت بدار الإسلام فصار حالهم في دار الحرب ودار الإسلام سواء ما لم يدخلوا حصونهم، فإذا دخلوا حصونهم الأولى أن يقاتلوهم حتى يفتحوا الحصن فيستنقذوهم من أيديهم، فإن من حسنت نيته كان النصر موعودا له كما قال الله تعالى: ﴿إِن تَنصُرُواْ ٱللَّهَ يَنصُرۡكُمۡ وَيُثَبِّتۡ أَقۡدَامَكُمۡ ۝٧﴾ [محمد: ٧] ولكن لا يفترض عليهم ذلك؛ لأن فيه تعريض النفس للهلاك، فإن الحصن إنما اتخذ للامتناع والاستصحاب والاستدفاع والمقاتلة مع البنيان، وكذلك في أموال أهل الذمة وذراريهم لأنا إنما أعطيناهم الذمة لتحفظهم وتدفع شر القاصدين عنهم وأنهم إنما بدلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، ألا ترى أن القاضي إذا رأى مسلما يظلم ذميًا يفترض عليه أن يمنعه من ذلك كما في المسلم.

ومن ترك متاعا أو دابة أو سلاحا بمهلكةٍ فأخذها إنسان فهو للأول ولا يصير ملكا للآخذ، خلافًا للشافعي؛ لقوله عليه السلام: "**من وجد عين ماله فهو أحق به**"[(١)]، وقوله عليه السلام: "**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، إِلَّا بِطِيبِ مِن**

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٤٠٢) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«مسلم» ٣١/٥ (٣٩٨٩) قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن يونس، قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (٣٩٩٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، ومحمد بن رمح، جميعا عن الليث بن سعد (ح) وحدثنا أبو الربيع، ويحيى بن حبيب الحارثي، قالا: حدثنا حماد، يعني ابن زيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، ويحيى بن سعيد، وحفص بن غيات، كل هؤلاء عن يحيى بن سعيد. وفي (٣٩٩١) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا هشام بن سليمان، وهو ابن عكرمة بن خالد المخزومي، عن ابن جريج، قال: حدثني ابن أبي حسين. و«ابن ماجه» (٢٣٥٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث بن سعد، جميعا عن يحيى بن سعيد. و«أبو داود» (٣٥١٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك (ح) وحدثنا النفيلي، قال: حدثنا زهير، المعنى، عن يحيى بن سعيد.
=

نفسه"[١]، ورُوي عن الزبير بن العوام أنه كان له رمح يزن خمسة عشر منًّا أو أكثر، فيلقيه في الطريق فيمر به بعض الأعراب ولا يعرفون عادته فيأخذونه ويحملونه ثم يأتي هو فيأخذه منه، وتأويل قوله عليه السلام: "من ترك دابة بمهلكة، [فهي للذي][٢] أحياها"[٣]؛ أراد به حق الحفظ يعني الذي أخذها أحق بحفظها وإمساكها من غيره. [والله عز وجل أعلم بالصواب][٤].

(أبواب التنفيل عشرة)

(باب التنفيل)

(السير الكبير): مسائله على فصول:

فصل في التنفل لسرية.

=

و«الترمذي» (١٢٦٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يحيى بن سعيد. و«النسائي» ٣١١/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٢٨) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يحيى. وفي ٣١١/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٢٩) قال: أخبرني عبد الرحمن بن خالد، وإبراهيم بن الحسن، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج: أخبرني ابن أبي حسين. و«أبو يعلى» (٦٤٧٠) قال: حدثنا زكريا بن يحيى الواسطي، قال: حدثنا هشيم، عن يحيى بن سعيد. و«ابن حبان» (٥٠٣٦) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان الطائي، بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن يحيى بن سعيد. وفي (٥٠٣٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن بن محمد، قال: حدثنا محمد بن يحيى الذهلي، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن يحيى بن سعيد. كلاهما: (يحيى بن سعيد الأنصاري، وابن أبي حسين، وهو عبد الله بن عبد الرحمن) عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبد العزيز

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٣٤/١٤ (٣٧١٦٥) قال: حدثنا أسود. و«أحمد» ٧٢/٥ (٢٠٩٧١) قال: حدثنا عفان. و«الدارمي» (٢٦٩٤) قال: أخبرنا حجاج بن منهال. و«أبو داود» (٢١٤٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل. و«أبو يعلى» (١٥٦٩ و١٥٧٠) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد. خمستهم: (أسود بن عامر، وعفان بن مسلم، وحجاج، وموسى، وعبد الأعلى) عن حماد بن سلمة، قال: أخبرنا علي بن زيد، عن أبي حرة الرقاشي، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فهو لمن.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٨/٣) (٣٥٢٥)، البيهقي (١٩٨/٦)، ابن أبي شيبة (٥٤٠/٦).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وفصل في التنفل لسريتين.

(فصل)

ولا ينبغي للإمام أن ينفل أحدًا شيئًا إلا ببلاء يبليه، حتى لا ينفل السرية المبعوثة في دار الإسلام، وينفل السرية المبعوثة من الجيش في دار الحرب؛ لأنهم دخلوا جميعًا للقتال ثم اختصت السرية بالتقدم في نحر العدو فيكون ذلك إظهارا لبلائهم فيكون بمنزلة التنفيل من السلب للقاتل، ألا ترى أنه إذا برز علج من الصف ودعا إلى البراز فقال الأمير: من برز إليه فقتله فله سلبه؛ فذلك تنفيل صحيح؛ لأن الذي برز إليه يظهر فضل بلاء يصنعه فيجوز للأمير أن ينفله.

وكذلك لو حاصروا حصنا وكره القوم التقدم فيقول الأمير: من تقدم إلى القتال أو إلى الباب أو إلى حفر الحصن فله كذا، يصح التنفيل لما فيه من التحريض والمنفعة للمسلمين، فأما ما لا منفعة فيه للمسلمين فلا ينبغي له أن ينفل؛ لأنه إبطال الخمس وتفضيل الراجل على الفارس وذلك لا يجوز.

ويستوي الفارس والراجل في النفل إلا أن يفضل الأمير بعضهم في التسمية فيستحق قدر المسمى؛ لأن النفل شيء يرضخ لهم الإمام باعتبار جزائهم وغناهم فيعتبر في النفل إطلاق التسمية ولا كذلك الغنيمة، ألا ترى أنه لو قال: من قتل قتيلا فله سلبه؛ فقتل فارس وراجل قتيلا فسلبه بينهما نصفين.

ولو بعث الأمير قومًا من أهل الذمة سرية ونفل لهم الربع مما أصابوا؛ فالنفل بينهم بالسوية فكذلك في حق المسلمين.

ولو بعث سرية عليهم أميرًا ونفلهم بالثلث بعد الخمس ثم إن أمير السرية نفل قوما منهم لفتح الحصن أو للمبارزة بغير أمر أمير العسكر؛ ينظر إن نفل من حصة السرية أو من سهامهم بعد النفل يجوز ولا يجوز من سهام العسكر؛ لأنه أمير على السرية لا على العسكر فينفذ تنفيله على السرية فيما هو حقهم لا على العسكر، فإن لم ترجع السرية إلى العسكر حتى خرجوا دار الإسلام جاز نفل أميرهم من جميع ما أصابوا؛ لأنه لا شركة لأهل العسكر معهم في المصاب، وإنما الحق للسرية خاصة

فجاز نفل الأمير عليه وبطل نفل أمير العسكر لهم لفوات ما هو المقصود بالتنفيل حتى اختصت السرية بالمصاب دون أهل العسكر، وعلى هذا لو بعث الإمام سرية من دار الإسلام ونفل لهم الثلث وقال: تقدموا حتى يلحقكم العسكر؛ فإن التحق بهم الجيش في دار الحرب فلهم النفل، وإلا فلا شيء لهم من النفل والمصاب غنيمة لهم خاصة قال التقوا في دار الحرب فالمصاب بينهم وبين العسكر فيحصل ما هو المقصود بالتنفيل.

ولو بعث أمير السرية سرية من سريته ونفل لهم أقل من النفل أو أكبر فهو جائز من حصة أصحاب السرية كما بينا، إلا أن يكون أمير العسكر أذن له في التنفيل فحينئذ هو نائب عن الأمير فنفله جائز للسرية الثانية في حق جميع العسكر، ثم لا يخلو إما أن أصاب السرية الثانية غنيمة ورجعوا إلى السرية الأولى ثم التحقوا جميعًا بالعسكر يجوز التنفيل للسرية الثانية، وإن كان يأتي ذلك على جميع حصتهم، وإن لم يلحقوا بالعسكر وخرجوا إلى دار الإسلام يبطل نفل السرية الأول؛ لأن الحق لهم في المصاب خاصة والنفل العام في مثله باطل، كما لو كانت مبعوثة من دار الإسلام، وجاز نفل السرية الثانية لأنهم بمنزلة سرية مبعوثة من جيش في دار الحرب وقد نفل لهم أميرهم، فيعطيهم النفل من المصاب أولا ثم يقسم الباقي بينهم وبين جميع السرية على قسمة الغنيمة.

فقد رجل من السرية فقام هناك بعضهم لطلبه وبعضهم ذهبوا حتى أصابوا غنائم ثم رجعوا إلى أصحابهم ووجدوا المفقود فكلهم شركاء في النفل لأنهم فارقوا العسكر جملة وأحرزوا المصاب بالعسكر جملة فكانوا بمنزلة ما لو باشر القتال بعضهم وبعضهم كانوا رداءً لهم وهذا؛ لأن إحراز المصاب بالعسكر في استحقاق النفل بمنزلة الإحراز بالدار واستحقاق السهم.

ولو وقعت هذه الحادثة لبعض العسكر في دار الحرب ثم اجتمعوا عند إحراز الغنائم بدار الإسلام كانوا شركاء في الغنيمة وهذا مثله، وعلى هذا لو أصاب الرجل المفقود غنائم والذين أقاموا لانتظاره غنائم والسرح كذلك ثم التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر فالنفل من جميع ذلك بينهم بالسوية كما لو لم يتفرقوا؛ لأنهم اشتركوا في إحراز المصاب بالعسكر، ولو لم يلتقوا حتى أتى كل فريق العسكر على سهام الغنيمة، وعلى هذا لو أن السرية تفرقوا سريتين وبعدت إحداهما عن الأخرى بحيث

لا تقدر إحداهما دون الأخرى، فإن التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر كان لهم النفل من جميع ذلك بينهم بالسوية بمنزلة ما لو كانوا مجتمعين حين أصابوا، وإن لم يلتقوا حتى أتى كل فريق العسكر والتقوا في مكان قريب من العسكر بحيث لو قاتلوا نصروهم أهل العسكر فلكل فريق النفل مما أصابوا خاصة؛ لأن ما قرب من العسكر بمنزلة خوف العسكر على معنى أن إحراز المصاب بالعسكر بالإيصال إلى ذلك الموضع وقد تفرد به كل فريق.

ولو أصابت هذه السرية الغنائم ولم يقدروا على الرجوع إلى العسكر فخرجوا إلى دار الإسلام من موضع آخر فالغنيمة كلها لهم تقسم على سهام الغنيمة لأنهم تفردوا بالإحراز إلى دار الإسلام وهو سبب تأكُّد الحق ومتى صارت الغنيمة كلها لهم بطل التنفيل، فإن أصابوا الغنيمة في موضع إن كان أهل العسكر يقدرون على إعانتهم إن استعانوا ثم خرجوا بالغنيمة إلى دار الإسلام قبل أن يأتوا العسكر كانوا شركاؤهم في المصاب ولهم النفل؛ لأنهم اشتركوا في الإصابة حكما حتى كانوا رداءً لهم وقت الإصابة ألا ترى أن المدد يلحق الجيش بعد الإصابة قبل الإحراز فإنهم يشتركون في المصاب؛ لأن الإحراز حصل بقوة الجماعة، فكذا هذه الإصابة حصلت بقوة الكل فصار كما لو خالطوهم حكما وإن تفرقوا حسًّا.

ولو بعث الإمام من العسكر سرية ونفل لهم الربع فأصابوا غنيمة ثم ظهر المشركون على الغنيمة فأحرزوها، ثم إن المسلمين قاتلوهم حتى استنقذوا ذلك من أيديهم ردوا النفل إلى أهله؛ لأن حقهم تأكد في النفل وهو بمنزلة الغنائم المحرز بدار الإسلام إذا استولوا عليها المشركون فأحرزوها ثم استنقذها منهم جيش آخر، فإن وجدها الأولون قبل القسمة أخذوها بغير شيء؛ لأن حقهم تأكد فيها بالإحراز والحق المتأكد بمنزلة الملك حقيقة كما في المرهون إذا أخذه المشركون ثم وقع في الغنيمة، وإن وجدوها بعد القسمة: في رواية: يأخذونها بالقيمة إن شاؤوا، وفي رواية: لا يأخذونها؛ وهي الأصح؛ لأن الحق للجيش الأول إنما تأكد في المالية دون العين، ألا ترى أن للإمام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بينهم فلا يكون الأخذ بالقيمة مفيدًا إليهم شيئًا بخلاف المرهون، فإن حق المرتهن في حبس العين ثابت فيكون الأخذ مفيدا في

حقه، وإذا ثبت هذا في الغنائم المحرزة فكذلك في النفل قبل الإحراز، فإنه إذا ظهر عليها العدو وأحرزوها ثم استنقذها منهم جيش آخر فلا سبيل للجيش الأول عليها قبل القسمة وبعدها؛ لأن الثابت كان لهم حقًّا ضعيفًا، ألا ترى أن من مات منهم لم يورث نصيبه بخلاف ما بعد الإحراز والحق الضعيف يبطل بإحراز المشركين بدارهم، فأما في النفل الحق متأكد لهم قبل الإحراز، حتى إن من مات منهم يورث نصيبه ولا يشركهم المدد فيه فلهذا وجب الرد عليهم قبل القسمة.

ولو بعث الإمام رجلا أو رجلين من دار الإسلام للقتال خمس ما أصابوا بخلاف المتلصص الخارج بغير إذن الإمام لا خمس فيما أصاب لما يتناولوا.

ولو قال الإمام لهم: ما أصبتم فهو لكم لا خمس فيه؛ فهو جائز، بخلاف ما لو قال لأهل منعة: لا خمس فيما أصبتم؛ لا يجوز، والفرق أن من لا منعة لهم فإنما يجب الخمس مما أصابوا باعتبار إذن الإمام، فإنه لولا إذنه لما وجب الخمس فللإمام أن يبطل بقوله ما كان وجوبه باعتبار قوله، فأما وجوب الخمس فيما أصاب أهل المنعة لم يكن بإذن الإمام فإنهم لو خرجوا بغير إذن الإمام خمس ما أصابوا؛ لأن إعزاز الدين ونصرة الدين وكبت العدو يحصل بقتالهم، فلا يجوز أن يسقط حق أرباب الخمس عن مصابهم بإسقاط الإمام.

(فصل)

ولو بعث سريتين إحداهما يمنة والأخرى يسرة ونفل إحداهما الثلث والأخرى الربع مما أصابوا فهو جائز؛ لأن التنفيل للترغيب في الخروج وذلك يختلف باختلاف الطريق في القرب والبعد والوعورة والسهولة والأمن والخوف واختلاف حال المبعوث إليهم في المنعة والقوة والأمير ناظر لهم فيجوز أن يعاونهم في النفل، فإن ذهب رجل ممن بعثه الإمام في سرية الربع مع سرية الثلث فلا ينبني له قياسًا، كما لو خرج رجل من العسكر مع أصحاب الثلث ولم يكن بالخروج أصلا ويكون له النفل مع سرية الثلث مقدار ما سمى له وهو الربع، وكذا لو ضل رجل من كل سرية الطريق ووقع في السرية الأخرى فذهب معهم فأصاب كل سرية

الغنائم فلا حق بهم قدر ما جعل الإمام له استحسانًا، فإن كان ممن جعل له الإمام الثلث أخذ الثلث، وإن كان الربع أخذ الربع والفاضل على الربع إلى الثلث من نصيبه غنيمة لأهل العسكر حتى لو كان سرية مائة رجل قسم مصاب كل سرية على مائة سهم فيأخذ الرجل من نفله جزءه ثلثًا كان أو ربعًا ثم الباقي يكون غنيمة وذلك؛ لأن تسمية الإمام لهم ما كان باعتبار أعيانهم بل لتحريضهم على الخروج إلى الموضع المبعوث وقد وجد هذا في حق هذا الواجد فيستحق قدر ما جعل له الإمام من النفل.

وإن لحق واحد من أحد السريتين بالأخرى خاصة قسم مصابهم على مائة سهم وواحد؛ لأن عددهم مائة وواحد فيأخذ اللاحق من سهمه ما سمى له الإمام من النفل؛ لأن استحقاقه بالتسمية ولكن عند الإصابة قائما يستحق من سهمه بالنفل مقدار ما سمى له، ولا يجوز التسوية بينه وبين السرية الملحق بها؛ لأن الإمام فرق بينهم في التسمية فلا يجوز إثبات المساواة بينهم في المستحق بالتسمية، فإن التقت السريتان قبل أن يقربوا من المعسكر يضم اللاحق ما أصابه إلى نصيب أصحابه الذين كان أخرجه معهم فاقتسموا نفلهم بالتسوية، وإن لم تصب تلك السرية شيئًا دخلت مع اللاحق في نفله؛ لأن الإحراز بالمعسكر حصل بهم جميعًا فكأنهم اشتركوا في الإصابة وهو نظير ما لو ضل رجل منهم الطريق فذهب وحده وأصاب غنائم ولم يصب السرية شيئًا ثم التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر فإنهم يدخلون معه في النفل، وإن لم يلقوه حتى انتهوا إلى العسكر فهو له خاصة فكذا هذا.

ولو أن السريتين أصابت كل واحدة غنيمة وهما متقاربتان بحيث يغيث بعضهم بعضا لم يدخل بعضهم في نفل بعض؛ لأن استحقاق النفل بالتسمية، ألا ترى أن الإمام لو سمى النفل لبعض السرية خاصة لم يكن للباقين معهم شركة في ذلك، وإن شاركوهم في الإصابة حقيقة وكذلك هذا، وإن أصابوا جميعًا غنيمة واحدة قسمت على عدد رؤوسهم لتبين محل النفل لكل السرية، فإن محل النفل المصاب، وإنما يتبين مصاب كل سرية لهذه القسمة لاستوائهم في الإصابة ثم يأخذ كل سرية نفلها مما أصابها والباقي بينهم وبين جميع العسكر.

عسكر دخل أرض الحرب فبعث الإمام سرية منهم ونفلها الخمس أو الربع فخرجوا وتعدوا ثم لحق السرية عسكر آخر من دار الإسلام قال: تقسم الغنائم بين السرية والعسكر على قسمة الغنيمة ثم تجمع حصة السرية ويعطى نفلهم منها ثم الباقي بين السرية والعسكر على سهام الغنيمة، وذكر قبل هذا إذا بعث الإمام سريتين ونفل إحداهما الربع والأخرى الثلث والتقتا فأصابتا الغنائم أنه يقسم بينهما أولا بالتسوية قيل في الفرق بينهما أن في المسألة المتقدمة تفاوت فوجب قسمة المال على مساكين ليس يقتضيه التنفيل وهي القسمة بالتسوية وفي المسألة المتأخرة للأمير على العسكر الراحل من دار الإسلام؛ لأن ليس من عسكره فيقسم بينهم قسمة الغنيمة وقيل هذا لا يصح؛ لأن الأمير الذي بعث السرية أمير من جهة الخليفة، وأمير الخليفة بمنزلة الخليفة، فكانت ولايته ثابتة على جميع العساكر الذي في أرض الحرب فقلنا بأنه يجعل كأنه بعث العسكر الآخر سرية فكان المبعوث منه سريتان فالأصح أن في المسألة روايتان.

ولو كان عسكر في أرض الحرب فبعث سرية وقال: ما أصبتم فهو لكم؛ فخرجت السرية وأصابت غنائم وافتتحوا حصنا متاخما لأرض الإسلام ثم لحقهم العسكر فجميع المصاب للسرية دون العسكر؛ لأن العسكر لم يشاركهم في الإصابة ولا في الإحراز؛ لأن السرية إذا فتحوا حصنا متاخما لأرض الإسلام فقد صار الحصن المفتوح من جملة دار الإسلام لاتصاله بدار الإسلام فصارت الغنائم محرزة بالدار قبل لحوق ذلك العسكر بهم ويكون بينهم بالسوية ولا خمس فيه؛ لأن النفل بالإصابة صار حقا لهم، وإنما صار ذلك الحصن دار الإسلام إذا تم الظهور عليهم، فقبل أن يتم الظهور عليهم كان التنفيل خاصا للسرية فبقي النفل لها خاصًا.

(باب الاشتراك في النفل وعزل الأمير وموته بعد النفل)

(السير الكبير): ولو بعث الإمام سرية في دار الحرب ونفلهم الربع ثم أرسل سرية أخرى فقال لهم: الحقوا بأصحابكم بما أصبتم فإنكم شركاؤهم؛ فأتوا السرية الأولى وقد كانوا غنموا الغنائم ثم غنموا غنيمة أخرى جميعًا ورجعوا إلى العسكر فنفل الغنيمة الأولى

للسرية الأولى دون الثانية ونفل الغنيمة الثانية لهم جميعًا؛ لأن حق المنفلين يتأكد في المصاب بالإصابة فلا يثبت حق للسرية الثانية في الغنيمة الأولى فلا يملك الإمام اشتراك الثانية فيما أصابت الأولى؛ لأنه يتضمن إبطال الحق المتأكد وحق السرية الأولى لم يثبت في الغنيمة الثانية حين لحق بها الثانية، بل يثبت حق السريتين في المصاب بإصابتهما فصح الاشتراك وهذا إذا أخبر للسرية الثانية الأولى بتنفيل الإمام لهم، فإن لم يخيروهم بذلك فجميع مال الغنيمتين للسرية الأولى؛ لأن التنفيل الثاني قول ملزم مغيِّرٌ حكم التنفيل الأول فلا يصح إلا بعد العلم؛ لأنه يؤدي إلى الضرر والغرور بالأولى، والسرية الأولى إنما أظهروا المسابقة والجلادة ليختصوا بذلك ولا يشاركهم فيها غيرهم فلو صح الاشتراك للغير معهم من غير علمهم كان غرورا، وكذلك فيه إبطال مقصود التنفيل وهو التحريض؛ لأنهم كما إذا علموا أن الإمام يملك التنفيل لغيرهم فيما أصابهم فلا يظهرون الجرء والجلادة والتقدم في أمر الحرب فوجب أن لا يشاركونهم إلا بعد علمهم بذلك نفيا للضرر والغرور كعزل الوكيل.

وإن أخبروا أميرهم أو معظم العسكر يكفي ذلك لأنهم تحت ولاية أميرهم يصدون عن رأيه فالتبليغ إليه تبليغ إلى الكل ومعظم العسكر بمنزلة أن المأخوذ عليه إشاعة الخبر لا التبليغ إلى كل أحد لما فيه حرج كالمولى إذا حجر على عبده في سوقه فعلم به أكثر أهل السوق كفى ذلك.

ولو قال الأمير: من قتل قتيلا فله سلبه؛ فسمع ذلك بعض القوم دون البعض، أو بعث سرية ونفلهم الربع ولم يُسمِعِ السرية؛ فلا شيء لمن لم يسمع قياسًا؛ لأن سماع السرية والقائل شرط لثبوت الاستحقاق كعلم المخاطب بالخطاب شرط لثبوت المخاطب به وللسرية النفل وللقاتل السلب استحسانًا؛ لأن كلام الأمير في مجلسه لا يكتم ولا يخفى بل يعتني ويشيع ويستفيض فيما بين الناس؛ لأن الأمير والٍ عليهم وكل من سمع منه ذلك، فإن يخبر غيره فلا يبقى مختفيا فيثبت الاستحقاق بحصول العلم به ظاهرا.

ولو بعث الأمير سرية ونفلهم ثم قدم أمير آخر ولم يعلم السرية بعد ومد وعزل

الأول حتى أصابوا فلهم نفلهم؛ لأن العزل لا يصح في حق من لم يعلم به فلا يؤثر في إبطال استحقاقهم كعزل الوكيل إذا لم يعلم به لا يصح.

ولو مات الأول ولم يقدم الثاني فأصاب السرية غنيمة فلهم النفل؛ لأن النفل إنما يصح من الأمير نظرا منه وتحقيقا لمصلحة المسلمين، وبالموت لا يبطل نظره بخلاف العزل؛ لأن بالتقليد الإمارة والولاية للثاني وقع الاستغناء عن نظر الأول وأنه يمكن الإبطال وإقامة المصلحة من الثاني فيبطل نفل الأول.

ولو أمر الأول غيره وجعله خليفة نفسه ثم مات يبقى نفله؛ لأن الثاني قام مقامه باستخلافه، وتنفيل الأول كان ثابتا نظرا منه فيبقى ببقاء خليفته ما لم يبطله، وكذلك لو أمَّر الناس أميرا على أنفسهم؛ لأن الثاني بإجماع الناس صار خليفة الأول كالإمام في الصلاة إذا استخلف غيره أو الجماعة استخلفوا واحدا من القوم صح وهما سواء فكذا هذا.

(باب النفل المجهول)

(السير الكبير) ولو قال الأمير: من جاء منكم بشيء فله منه طائفة؛ فجاء رجل بمتاع، وجاء آخر بثياب، وجاء آخر بروسن؛ فللأمير أن ينفلهم من ذلك على قدر ما يرى؛ لأن التنفيل بالمجهول جائز بدلالة أن السلب جائز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل قتيلًا فله سلبه"، والسلب مجهول جهالة متفاحشة وتلك الجهالة لم تمنع صحة التنفيل فكذلك تنفيل طائفة من الذي جاءه المُنَفَّلُ له، ولأن التنفيل بالمجهول مما يحصل به المقصود بأبلغ الوجوه، فإنه يزداد حرص الرجل في القتال والأسر فتظهر جلادته عند الإمام ليعطيه نفلا عظيمًا، فرق بين هذا وبين ما لو قال لرجل من الغزاة: إن قتلت قتيلا فلك سلبه؛ فقتل قتيلين معًا؛ فالخيار منه للقاتل وهنا الخيار للإمام والفرق أنه هنا لم يشترط الإمام للمسلمين شيئًا فلا ينظر فيه إلى منفعة تحصل للمسلمين فيثبت الخيار للقاتل، وهنا لما شرط طائفة من المال الذي جاء به فقد شرط عليه منفعة للمسلمين كما شرط له، فلا بد من النظر لكلا الفريقين، والإمام نصب ناظرًا محتاطًا فيه، فينقله على قدر ما يرى من الصلاح، ولأن هنا

الايهام والإجمال جاء من الإمام حيث قال له طائفة من المصاب فكان البيان إلى المجمل، وهناك الإجمال جاء من جهة القائل؛ حيث ضم الباقي إلى الأول فجعل الاختيار إليه.

ولو قال: من جاء بشيء فله منه قليل أو يسير أو شيء منه؛ فله أن يعطيه مما أصابه أقل من النصف؛ لأن القليل واليسير يتناول ما دون النصف؛ لأن مثله لا يكون يسيرًا بمقابلته، وكذا الشيء ينبني عن القلة في الغالب والعادة فصار كأنه نص على القليل.

ولو قال: من جاء بشيء فله منه جزؤه فله أن ينفله النصف وما دونه دون ما فوقه؛ لأن الجزء اسم للبعض منه إلى النصف، يقال: جزء من جزأين، ويقال: الأكثر من النصف جزآن من ثلثه؛ فدل أن ما زاد على النصف لا يكون جزءًا والبعض كالشيء يعطيه ما لم يبلغ به النصف.

ولو قال: من جاء بشيء فله سهمُ رجل من القوم، فإنه يعطيه سهم الراجل؛ لأن له سهم من القوم والفارس له سهمان لا سهم، ولأن سهم الراجل أقل وإنه متيقن.

ولو قال: من جاء بألف درهم فله ألفا درهم؛ فجاء بألف لا يعطى إلا الألف.

ولو قال: من جاء بالأسير فله الأسير وألف درهم؛ فإنه يعطيه ذلك والفرق أن في الأول قصد بهذا تحصيل المال لا غير، فإذا لم يكن فيه غرض ومطلوب سوى تحصيل المال فلا يعطيه إلا ما أصابه من المال، وفي الثاني مقصوده من أخذ الأسير كسر شوكتهم وقطع ثائرتهم وهذا يحصل بأخذ الأسير فيعطيه ذلك كله.

ولو قال: من جاء بعشرة أثواب فله ثوب؛ فجاء رجل بعشرة أثواب من أجناس مختلفة؛ فله عشر كل ثوب؛ لأنه جعل جزاء الشرط ثوبا منكرا لا معينا، وإنما يكون منكرا إذا ملك من كل ثوب عشرة، فأما إذا استحق ثوبا معينا قائمًا استحق المعرف والإيجاب يتناول المنكر دون المعرف، بخلاف ما لو كانت الأثواب من جنس واحد، فإنه يعطى ثوبا، ولهذا وسطا؛ لأن الثياب متى كانت من جنس واحد يقسم قسمة على حدة، وكان للإمام أن يقسم ويجمع الأنصباء في واحد وكذلك الدواب على هذا.

(باب التنفيل على شيء وأصاب المنفل له غيره)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في الذهب والفضة [والحلي][(١)].

وفصل في الثياب والكسوة.

وفصل في الدواب.

(فصل)

أصله: أن ما كان معينا من الذهب والفضة أو وصفًا محضا كاللجام المموه لا يدخل في النفل؛ لأن المعيب والوصف في حكم المستهلك؛ لأنه لا يمكن تخليص شيء منه بالإذابة بل يتلاشى إذا قرب من النار والتنفيل للتحريض على الجهاد، وإنما يتحقق التحريض فيما هو مال ظاهر أمكن تخليصه.

ولو قال: من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له؛ فأصاب رجل سيفًا محلًّى بفضة أو ذهب؛ كان الذهب والفضة له دون السيف وحقبه.

ولو أصاب سرجًا[(٢)] مفضضًا أو لجامًا مفضضًا أو مصحفًا يكتبون فيه كتبًا لهم؛ فله الفضة دون الأصل؛ لأنه أمكن تخليصه وتمييزه عنه.

وكذلك لو وجد حلي ذهب أو فضة مفصصًا بفصوص أو خاتم فضة أو ذهب؛ كان الحليُ له ونزعت عنه الفصوص كلها فجعلت في الغنيمة؛ لأن الفصوص واللآلئ إنما تركب في الحلي لزيادة منفعته والزينة لا من حيث إن قوام الحلي بها فصار وجودها وعدمها سواء.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) السَّرج هو الرّحل الذي يوضع على ظهر الدّابة ليجلس عليه الرّاكب، ويسمى أيضًا: القُعْدَةُ. وقد افتنَّ العرب في صناعة السّروج والعناية بها؛ لأنّ جلَّ اعتمادهم كان على الترحال بالدواب، سواء في السّلم أو الحرب. وكما عرفت العرب اسمًا أو أكثر لكل جزء من أجزاء الدابة، عرفت كذلك لكل جزء من أجزاء السرج اسمًا أو أكثر، حتى ألفوا فيها مؤلفات خاصة بها، مثل كتاب "السّرج" لأبي عبيدة، وكتاب "السّرج واللجام" لأبي دريد وغيرهما.

ولو أصاب أبوابًا فيها مسامير فضة أو حديد، لو نزعت هذه المسامير لهلكت الأبواب حتى لا تكون أبوابًا فلا شيء له؛ لأن المسمار مغيب في الباب فصار كالمستهلك.

وكذلك السرج إذا نزعت عنه المسامير أو كان عليه ضبية أو ضبيتان لو نزعت هلك السرج فلا شيء له؛ لأن هذا وصف محض، فإن قوام السرج به، فصار كالقَرَبُوس[1] والقَيْقَب[2] في السرج، وهذه الأشياء للسرج كالأطراف للعبيد، فإن عين العبد حقيقة لكن لما كان وصفًا محضا صار مستثنى بالاستثناء العبد فكذا هذا، ألا ترى لو أصاب أسيرا من المشركين قد ضببت أسنانه بالذهب لم يكن له الذهب؛ لأن الأسنان مغيب غير ظاهر، بخلاف ما لو اتخذ أنفًا من الذهب كان له الأنف؛ لأنه ظاهر وإنه زينة تزين به صاحبه فصار كالحلي، ولأن السن إذا ركب في موضعه صار بالتركيب وصفًا وتبعا للآدمي بخلاف الأنف، فإنه يسلبه ولا يركبه فيه فلا يصير وصفًا له.

ولو قال: من أصاب حُليًا فهو له؛ فأصاب رجل تاج الملك؛ لم يكن له ذلك؛ لأن الحلي ما يلبس ويستعمل للتزين والتاج لا يلبس للتزيين إذا كان للملك بل للتعظيم

---

(١) القَرَبُوس: حِنْوُ السَّرْج، والقُرْبُوس لغة فيه حكاها أبو زيد، وجمعه قَرابيس.

والقَرَبُوت: القَرَبُوس.

قال الأزهري: بعض أَهل الشام يقول قَرَّبُوس، مثقل الراء، قال: وهو خطأٌ، ثم يجمعونه على قَرْبـابيس، وهو أَشد خطأً.

قال الجوهري: القَرَبوس للسَّرْج ولا يخفَّف إِلا في الشعر مثل طَرَسُوس، لأَن فَعْلُول ليس من أَبْنِيَتِهم.

قال الأَزهري: وللسرج قَرَبُوسان، فأَما القَرَبُوس المُقَدَّم ففيه العَضُدان، وهما رِجلا السَّرْج.

(٢) القَيْقَبُ: سَيرٌ يَدُورُ على القَرَبُوسَيْنِ كلَيْهما.

والقَيْقَبُ والقَيْقَبانُ، عند العرب: خَشَبٌ تُعمل منه السُّرُوجُ؛ قال ابن دريد: وهو بالفارسية آزاذْدِرَخْت، وهو عند المُوَلَّدين سَيْرٌ يَعْتَرِضُ وراءَ القَرَبُوسِ المُؤَخَّر؛ قال الشاعر:

يَــزِلُّ لِـبْدُ القَيْقَـبِ الـمِرْكاحِ عـن مَتْنِـه، مِـنْ زَلَـقٍ رَشَّـاحِ

فجعل القَيْقَبَ السَّرْجَ نفسه، كما يسمون النَّبْل ضالًا، والقوسَ شَوْحَطًا.

وقال أَبو الهيثم: القَيْقَبُ شجر تُتَّخَذُ منه السُّروجُ.

والترفق والترفع، بخلاف ما لو كان من تيجان النساء؛ فله ذلك لأنها تلبس للتزين والتجمل.

ولو أصاب ياقوتًا أو لؤلؤًا أو زمردًا ليس فيه ذهب؛ فلا شيء له عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك؛ لأنه إذا لم يكن مرصَّعًا لم يكن حليًّا عنده خلافًا لهما.

ولو قال: من أصاب حديدا فهو له، ومن أصاب غير ذلك فله نصفه؛ فله الحديد التبر والإناء الحديد والسلاح وغير ذلك؛ لأن هذه الأشياء حديد لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا قود إلا بحديدة**"[(١)]، وهذا يتناول الأسلحة الحديدة، وأما جفون السيف والسكين فله منه نصفه؛ لأنها غير الحديد.

ولو قال: من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له؛ فأصاب ثوبًا منسوجًا بالذهب، فإن كان الذهب سدى الثوب فلا شيء منه؛ لأن السدي تبع واللحمة أصل، ألا ترى أنه لو كان السدى حريرا واللحمة غزل القطن، فإنه يباح لبسه للرجال وإن كانت اللحمة من حرير لا يباح فكذلك في الاستحقاق بحكم التنفيل.

(فصل)

أصله: أن المنفَّل إن كان متصلا بغيره بحيث لو ميز عنه لم يكن في التمييز ضررا به يميز ويدفع إلى المنفَّل له والباقي غنيمة، وإن كان في تمييزه ضررا، فإنه يباع ويقسم على قيمة كل واحد منهما فيعطى المنفَّل له ما نفل والباقي غنيمة، إلا أن يعطى المنفَّل له قيمة ما لا نفِّلَ فيه فحينئذ يعطى له ذلك كله ويؤخذ منه قيمته وما كان تبعًا للشيء كالمسمار للسرج والضبة في السفينة والباب؛ فلا شيء للمنفل له فيه؛ لأن العبرة في الاستحقاق للأصل دون التبع.

ولو قال: من أصاب قزًّا فهو له؛ فأصاب رجل قباء أو جبة محشوة بقزٍّ؛ فلا شيء له؛ لأن الحشو مغيب في القباء والجبة والمغيب لا عبرة به؛ لأنه لا يتناوله الإيجاب.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٧٣/٩، رقم ١٧١٧٩). وأخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة (٤٣٢/٥، رقم ٢٧٧٢٢).

ولو قال: من أصاب ثوب قزٍّ فهو له؛ فأصاب رجل جبة بطانتها ثوب قزٍّ أو ظهارتها ثوب قز؛ فله الثوب القز، والثوب الآخر غنيمة يباع فيقسم؛ لأن في تمييزه ضررا؛ لأن الاستحقاق ثابت في الثوب القز والبطانة بعدما ميزت عن الظهارة يبقى الثوب ثوب قز ولكن في تمييزها ضرر وهو نقصان القيمة.

ولو قال: من أصاب جبة حرير فهي له؛ فأصاب جبة ظهارتها حرير أو بطانتها؛ فإن كانت ظهارتها حريرا كانت كلها له، وإن كانت البطانة حريرا فلا شيء له منها؛ لأن الجبة اسم للظهارة والبطانة وتبع لها لأنها تضاف إلى الظهارة، يقال: جبة حرير وجبة خزٍّ، والظهارة متى صارت مستحقة بالتنفل فيستحق الكل وإلا فلا، ولو قال: من أصاب جبة خزٍّ فهي له؛ فأصاب جبة ظهارتها خز وبطانتها سمور أو فنك؛ فلا شيء له منها؛ لأن الجبة تضاف إلى السمور وإلى الفنك لا إلى الخز، ولو قال: من أصاب ثوب خزٍّ فهو له؛ فأصاب جبة خزٍّ بطانتها سمور أو فنك لم يكن له إلا الظهارة؛ لأن اسم الثوب الخز يتناول الظهارة دون البطانة، ولو قال: من أصاب ثوب فنك فهو له؛ فأصاب جبة خزٍّ بطانتها فنك كان له البطانة؛ لأن البطانة تسمى ثوبًا، ولو قال: من أصاب هذه الجبة الخز فهي له؛ فأصابها رجل، فإذا هي مبطنة بغير الخز من الفنك أو القز كان الكل له؛ لأن الإيجاب يتناول العين فلا يراعى فيها الأوصاف، كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب وكلمه بعدما شاخ حنث، ولو قال: من أصاب منكم قباء خز أو قباء مروى؛ فأصاب من ذلك الصنف قباء محشوا بطانته غير خز أو غير مروية؛ كانت له الظهارة خاصة؛ لأن القباء يسمى ما بظهارته دون البطانة، فإنه يقال: قباء طاق، وقباء طاقين، بخلاف الجبة فإنها لا تكون جبة إلا ببطانتها وحشوها فكان له الكل.

(فصل)

ولو قال: من جاء بحرزة فهي له؛ فجاء بجزور أو بقرة وثوب؛ فلا شيء له؛ لأن الحرزة اسم للشاة عند أهل اللغة، والحرزة أيضًا اسم لمال نفيس؛ فإنَّ النبي صلى الله

عليه وسلم نهى عن أخذ حرزات أموال الناس[١].

ولو قال: من جاء بجزور فهو له؛ فجاء بناقة أو جمل ذكرًا أو أنثى؛ فله ذلك؛ لأن اسم الجزور يتناول هذا الصنف.

ولو قال: من جاء ببقرة فهي له؛ فجاء بجاموس؛ لا شيء له، ولا كذلك في حق الزكاة، فإن نصاب البقرة يكمل بالجاموس وكذا لحمها جنس واحد، والفرق أن الزكاة تجب باعتبار النية لا باعتبار اسمه، ومالية الجاموس والبقر جنس واحد وكذلك لحمها، فأما النفل يعتمد استحقاق الشيء بالاسم الذي أوجب له، والجاموس لا يدخل تحت اسم البقر بدليل أنه يجوز نفي اسم البقر عنه؛ يقال: هذا جاموس وليس ببقرٍ؛ ألا ترى أن نصاب الشاة يكمل بالمعز والضأن، ولحومهم جنس واحد والكبش والتيس سواء، ثم لو قال: من جاء بكبش فهو له؛ فجاء رجل بنعجة أو معز؛ لا شيء له؛ لأن كمال النصاب باعتبار المعنى وهي المالية لا باعتبار العين المسمى فكذا هذا.

(باب التنفيل على مجيء الرأس والأسير)

(السير الكبير): ولو نظر الأمير إلى رجل على سور الحصن يقاتل المسلمين فقال: من صعد السطح وأخذه فهو له مع خمسمائة درهم؛ فصعد رجل وأخذه؛ كان له وخمسمائة؛ لأن قصد الإمام من هذا كسر شوكتهم بالصعود على سورهم وقد حصل من الذي صعد.

ولو سقط هذا الرجل من السور إلى الأرض حتى قال الأمير هذا خارج الحصن، وأخذه رجل من المسلمين فقتله؛ فلا شيء له من النفل؛ لأن قصد الأمير من هذا التنفيل إظهار جلادته وجراءته بالصعود على السور، ولم يوجد متى سقط الرجل من السور.

---

(١) أخرجه مالك (١/٢٦٧، رقم ٦٠٢)، والشافعي (١/٩٨)، وابن أبي شيبة (٢/٣٦٢، رقم٩٩١٧)، والبيهقي (٤/١٥٨، رقم ٧٤٤٩).

ولو رماه رجل من المسلمين فطرحه من السور فله نفله؛ لأن المقصود من هذا ليس هو عين الصعود، بل فعل يؤثر في السقوط من السور لإظهار كسر شوكتهم وبتره شملهم.

ولو صعد إليه رجل وقد هبط من كان على السور داخل الحصن فقتله فله نفله؛ لأنه أتى بالمطلوب منه وزيادة.

ولو نظر إلى رجل على السور فقال: من أخذه فهو له؛ فسقط الرجل من السور إلى خارج الحصن وأخذه، فإنه ينظر، فإن كان في موضع يمتنع من المسلمين يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة الأخذ، وإن كان في موضع لا يمتنع فيه لا يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة الأخذ، وإن كان في موضع لا يمتنع فيه لا يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة العسكر لا بقوة الأخذ.

ولو قال الأمير: من صعد الحصن ونزل عليهم فله كذا؛ فصعد رجل السور ولا يقدر على النزول عليهم؛ فلا شيء له؛ لأن الإمام إنما نفله بإزاء الصعود والنزول لما فيه من إظهار الجلادة وكسر شوكة المشركين ولم يوجد.

ولو نظر الأمير إلى ثلمة فقال: من دخل من هذه الثلمة فله كذا؛ فدخل من ثلمة أخرى؛ ينظر إن كانت الأخرى مثل هذه في الصعوبة فلا شيء؛ لأن ما شرط عليه الإمام لا بدَّ من مراعاته ليستحق النفل باعتباره ولم يوجد المشروط عليه حقيقة ولا معنى فلا يستحق شيئًا.

(فصل)

ولو قال [الإمام][(١)] حين التقى الصَّفَّان: من جاء برأس فله كذا؛ فهذا على رؤوس الرجال دون الصبي، بخلاف ما لو انهزم الكفار فقال [الإمام][(٢)] من جاء برأس فله كذا؛ فجاء بسبي أو برأس؛ فله النفل والفرق أن الرأس حقيقة اسم لعضو مخصوص إلا أنه قد يطلق على السبي مجازا أو حقيقة لهما، ومطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأمير.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الأمير.

فعند التقاء الصَّفَّين بدلالة الحال شاهدة على أن إرادته رأس المقاتل دون السبي، وفي حالة الانهزام دلت على أنه أراد رأس المقاتل والسبي جميعًا.

ولو جاء برأس فقال بعض الناس: هذا رأس ميت من العدو؛ وجزه وقال الذي جاء به: لا بل أنا قتلته؛ فإنه يحلف الذي جاء به ويُعطى نفله، لأن جز الرقبة سبب للموت حقيقة وموته بدون هذا لا يعرف، فكان ظاهر الحال دليلا واضحًا وشاهدًا عدلا للجائي بالرأس وعليه الاستحقاق وهو جز الرقبة وإنه ثابت بيقين فتعذر ذلك أنه كان ميتا لا يمنع الاستحقاق؛ لأن ذلك موهوم لا يمكن اعتباره، كمن جرح إنسانا مريضا فمات؛ يجب على الجارح القصاص؛ لأن سبب موته الجرح وقد وجد فيضاف الموت إليه، وإن كان يتوهم موته بسبب آخر فكذا هذا.

ولو جاء برأس لا يدرى أنه رأس مسلم أو رأس كافر؛ لا شيء له، حتى يعلم أنه رأس كافر؛ لأن الاستحقاق يتعلق برأس المشرك فما لم يعلم أنه رأس مشرك بيقين لا يثبت الاستحقاق.

ولو جاء برأس وقال: أنا قتلته؛ وقال الآخر: أنا قتلته؛ فإنه يحلف الجائي بالرأس؛ لأنه ادعى عليه الآخر معنى لو أقر به لزمه، فإذا جحد وجب تحليفه، فإن نكل عن اليمين لا يكون له النفل ولا للمدعي قياسًا، ويكون للمدعي استحسانًا. وجه القياس: أن نكوله إقرار بأن هذا المدعي قتله، وهذا إقرار بإبطال حق نفسه وإثبات الحق للمدعي، وإقراره حجة في حقه لا في حق المدعي.

وجه الاستحسان: أن الحق ثابت له في النفل بكون الرأس في يده، فإن نكل عن اليمين فقد جعل ماله من الحق إلى المدعي، وله هذه الولاية فصار ذلك للمدعي كالقصاص إذا وجب للاثنين فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا أخوه وجحد أخوه فاستحلف فنكل أو أقر بذلك تجب الديّة للمدعي الشاهد على أخيه؛ لأن نصف الديّة ثابت للجاحد وبنكوله حوَّل ماله من نصف الديّة إلى الشاهد المدعي فكذا هذا.

ومن أصحابنا من قال في مسألة النفل: إذا جحد أولا فحلف فنكل؛ فلا شيء لهما، وإذا أقر أولا للمدعي فإنه يصدق؛ لأنه لما جحد أولا حق المدعي فقد أقر أنه لا شيء للمدعي؛ فبعد ذلك إذا نكل فقد أبطل حق نفسه فقلنا بأنه لا شيء لواحدٍ

منهما، ومتى أقر أولا للمدعي فلم يوجد منه ما يبقي حق المدعى فيقضى للمدعي بالنفل.

ولو نظر المسلمون إلى رجل يجز رأس رجل مقتول لا يُدرى من قتله، فقال الذي اجتز رأسه: أنا قتلته؛ فإنه يحلف على ذلك ويُعطى نفله؛ لأن ظاهر الحال يشهد له، فإن جز الرأس سبب للموت بيقين؛ فكان القول قوله مع اليمين؛ لأنه تمكنت فيه التهمة، فإن رآه المسلمون جاء في موضع بعيد لا يمكنه في مثل ذلك الموضع حتى اجتزاز رأسه وهو مقتول فشهدوا بذلك عند الإمام فلا نفل له؛ لأنه لما كان بعيدا من المصروع فالظاهر أنه لم يقتله هو، وإنما قتله غيره، فأما إذا قال: قتلته أنا ثم تنحيت عنه مقاتلا مع غيره؛ لا يصدق؛ لأن فيه دليل على أن القاتل غيره، فهو بهذا قصد تغيير ما هو ثابت في الظاهر فلا يصدق، ولو أن بطريقا قتل فقال: من جاء برأس ذلك البطريق فله كذا؛ إن كان ذلك البطريق رأسه في موضع لا يقدر عليه إلا بقتال وخوف؛ فله النفل؛ لأن مقصوده في هذا التنفيل أن يجعل رأس البطريق على رأس رمح فيعلم بذلك المشركون فتكسر شوكتهم فيستحق النفل، وإن كان في موضع يقدر من غير قتال أو خوف؛ فلا شيء له؛ لأن هذا استئجار باطل، وإنه لم يخاطب قوما بأعيانهم فكان باطلًا، حتى لو قال القوم بأعيانهم: من جاء منكم به فله كذا؛ فهو إجارة فاسدة عندنا؛ خلافًا للشافعي بناءً على مسألة الآبق إذا قال المولى لغيره: من جاء بعبدي فله كذا؛ ينعقد فاسدًا خلافًا له، والله أعلم.

(باب التنفيل على دلالة المسلمين على الأسر أو الطريق وأهل الحرب وغيره)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في الدلالة على الأسير أو المقاتلة.

وفصل في الدلالة على الطريق.

وفصل في التنفل على حمل السلاح عند الدخول دار الحرب.

(فصل)

ولو قال: من دلَّنا على عشرة من الرقيق فله رأس؛ فذهب المسلمون بصفة رجل وإشارته ولم يذهب الدالُّ معهم، فوجدوا الرقيق فلا شيء للدالِّ؛ لأن استحقاق النفل يجري مجرى استحقاق الغنيمة، فإن من يستحق الغنيمة يستحق النفل وإلا فلا، والغنيمة إنما تستحق بمباشرة فعلٍ، فكذلك النفل يستحق بمباشرة فعل والدلالة باللسان مجرد قول فلا يستحق به شيء؛ لأن الاستحقاق لا بدلالة من فعل يوجد منه في مقابلة به، بخلاف ما لو قال الأمير للأسرى من أهل الحرب: من دلَّنا منكم على عشرة من الرؤوس؛ فهو حُرٌّ؛ فدلَّهم واحد على عشرة ولم يذهب معهم، فذهبوا على صفته ودلالته فوجدوا عشرة من الرؤوس؛ فهو حرٌّ؛ لأن هذا الأسير لم يستوجب على الأمير شيئًا إنما بقي له الحرية التي كانت ثابتة له قبل الأسر وترك استرقاقه ولم يوجب له شيئًا وإيفاء شيء لا يفتقر إلى فعل ولا يشترط عليه الفعل، ولئن كان هذا إيجاب فهذا إيجاب معلق بالشرط والشرط يتحقق في الحالتين فيستحق الحرية في الحالتين فأما هنا إيجاب المال معلق بالشرط فلا من فعل يستحق به النفل بالغنيمة ولم يوجد إلا أنه لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب؛ لأنه تعلق بالأسرى حقان في ماليتهم عند ضرب الرق عليهم وحق صيرورتهم ذمة للمسلمين والإمام أبطل أحد الحقين عليهم لكن بقي حق الآخر وهو أنهم يصيرون ذمة للمسلمين إلا أن يقول الأسير: إن دللتكم فأنا حر وتدعوني أرجع إلى بلادي؛ فإنه يخلّى سبيله إذا وجد منه الدلالة؛ لأنه شرط عليهم تخلية سبيله كما شرط حريته؛ فيجب الوفاء بالشرط.

ولو قال الأسير: أدلكم على عشرة من المقاتلة وأنا حر؛ فقال الإمام: نعم؛ فذهب فدلهم على تسعةٍ؛ فإنه لا يعتق؛ لأن الشرط الدلالة على العشرة والجزاء لا ينزل عند وجود بعض الشرط.

ولو قال الإمام لهم: أعطونا مائة رأس على أنكم آمنون في حصونكم؛ فأعطوه تسعين؛ فللإمام أن يقاتلهم لكن يرد ما أخذه منهم، فإن أسلم الرقاب أو بعضهم يرد عليهم قيمة الرقاب؛ لأنه قد تعذر رد العين بالإسلام فصار كما لو تعذر ردهم بالهلاك فيجب رد القيمة فكذا هذا.

ولو قال: أعطونا مائة من الأسرى الذين عندكم من المسلمين؛ فأعطوه تسعين يقاتلهم ولا يرد عليهم شيئا؛ لأن الأسرى لم يملكهم الكفار وإمساكهم يكون ظلما منهم فللإمام أن يمنعهم من الظلم، بخلاف مائة دينار ومائة رأس؛ لأن الدنانير ورقاتهم كانت مملوكة لهم فهم إنما رضوا بتسليمها إلى الإمام بشرط سلامة شروطهم فمتى لم يسلم لهم مشروطهم يجب عليه رد المأخوذ منهم.

ولو قال الأمير للأسرى: من دلنا على عشرة من المقاتلة فهو حر فذهب أسير منهم ودلهم على عشرة ممتنعين في حصن فلا يعتق؛ لأن مقصود الإمام من هذا إنما هو الدلالة الممكنة من الظهور والقهر والغلبة عليهم ولم يوجد منه الدلالة الممكنة من القهر والغلبة عليهم متى كانوا ممتنعين في حصن، فإن دلهم على قوم غير ممتنعين إلا أنهم هربوا من المسلمين ينظر إن هربوا قبل أن يقربوا منهم لا يعتق؛ لأنهم متى هربوا قبل أن يقربوا منهم لم توجد الدلالة الممكنة من القهر والظهور وإن هربوا بعدما قربوا منهم يعتق؛ لأنه قد تحققنا الدلالة الممكنة إلا أن التقصير والتفريط جاء من قبل المسلم فلا ينعدم به الشرط.

ولو قال للأسرى: من دلنا على حصن كذا أو مغارة كذا أو معسكر الملك فهو حر فدلهم أحد منهم فلم يظفروا فالأسير حر؛ لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام الظفر والظهور والتمكن من القهر، وإنما يراد به الوقوف على مكانهم، فإن الحصن والمعسكر إنما يطلب لتقاتل مع أهله والمغارة تطلب للسعة في المكان، وقد حصلت هذه المقاصد بتحقق شرط العتق فيعتق.

(فصل)

ولو أصاب الأمير غنائمًا فأقبل إلى دار الإسلام فقال: من دلنا على الطريق فله رأس، فدلهم رجل من المسلمين بكلام وصِفَةٍ ولم يذهب فلا شيء له؛ لأن هذا ليس بنفل، فإن الغنيمة قد أحرزت، وإنما هو استئجار للدلالة على الطريق والمعقود عليه في الإجارة عمل وفعل؛ لأن الدلالة بالقول لا يصلح معقودًا عليه كما بينا.

وإن ذهب معهم فدلهم على الطريق فله أجر مثله؛ لأن المعقود عليه مجهول

عملا ووقتا فينعقد فاسدا، وإن شرط له مائة درهم فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأن المائة مال مقدر معلوم وقد رضي به فلا يعطى أكثر من ذلك وإن شرط له رأسا، فإنه يعطى أجر مثله بالغا ما بلغ؛ لأن أكثر الرأس مجهول.

ولو قال: من دلنا على الطريق فله أهله وولده فدلهم فهم في الأسر على حالهم؛ لأن هذا تمليك من المملوك والتمليك من المملوك لا يصح.

ولو قال: فله نفسه وأهله وولده ومائة درهم من الغنيمة؛ فدلهم فله جميع ذلك؛ لأن معنى قوله: له نفسه؛ أي حرية نفسه ومتى ثبتت له الحرية صح تمليك هؤلاء منه فيجب الوفاء به وأهله امرأته وولده لصلبه لا جميع ما يضمهم بيته؛ لأن حقيقة اللفظ وإن كانت تحمل جميع ما يعوله ويضمهم بيته إلا إن هنا الحق يثبت لجماعة المسلمين فوقعت الحاجة إلى إخراج هؤلاء عن الجملة فلا يصح الإخراج بلفظ مجمل؛ لأن المتيقن هو الأقل دون الأكثر بخلاف الأمان، فإنه يدخل فيه كل من يعولهم؛ لأن الحال حال ثبوت الحق ابتداء فلما كان اللفظ مجملا للجملة لا يثبت الحق للغزاة فيمن تناولهم اللفظ ظاهرا بالإجمال احتياطًا.

ولو قال: من دلنا على طريق حصن كذا فهو حر؛ ولذلك الحصن طريق فدلهم على طريق أبعدها يعتق؛ لأن الناس إذا كانوا يسلكون ذلك الطريق إلى الحصن فقد أتى بالمطلوب والمشروط؛ لأن الأقرب في معنى الأجود والجودة لا تستحق مطلق العقد، وإنما المستحق بصفة السلامة وقد وجد، وإن كان الناس لا يسلكون ذلك الطريق لا يعتق؛ لأن المطلوب منه الدلالة على طريق معتاد وسلوكه معهود غالب؛ لأن بقاع الدنيا متصلة بعضها ببعض لكن لما لم يكن السلوك في ذلك الطريق معهودًا معتادًا، فإنه لا يكون مصيبًا بل يكون متسعًا.

ولو قال: من دلنا على حصن كذا من طريق كذا فهو حر؛ فدلهم أسير على طريق آخر؛ ينظر إن كان المدلول مثل المنصوص في المشقة والرفاهية، فإنه يعتق، وإن كان أشق من المنصوص فلا يعتق؛ لأن المقصود من سلوك ذلك الطريق ليس هو عينه بل الوصول إلى الحصن بأيسر الأحوال وأسرع الأزمان، فإذا كان المدلول مثله فقد حصل مقصوده، وإن كان أبعد وأصعب في المرور به لم يحصل مقصوده.

(فصل)

ولو رأى الإمام دروع المسلم قليلة حين دخلوا دار الحرب فقال: من دخل بدرع فله من النفل كذا؛ فلا بأس به؛ لأن التنفيل للتحريض على القتال وذلك تارة يحصل بما هو آلة القتل وتارة يحصل بزيادة عناء من القاتل، ألا ترى لو قال: من دخل بفرس فله كذا؛ يصح فكذلك الدرع، وذلك لأن رهابة العدو وارتعابه تارة يحصل بالفرس وتارة يحصل باستعداد آلة القتل والخوف وآلة الخوف السلاح.

وكذلك لو قال: من دخل بدرعين فله كذا؛ لأن المبارز قد يستعمل الدرعين يوم اللقاء فكان هذا شرطا مقيدًا، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لبس درعين يوم أُحد[1].

ولو قال: بثلاثة أدرع؛ وجعل لكل درع حصة، فإن قال: من دخل بدرع فله مائة، ومن دخل بدرعين فله مائتان، ومن دخل بثلاثة أدرع فله ثلاثمائة؛ فإنه لا يستحق إلا المائتين؛ لأن لا فائدة في الزيادة على الدرعين، ألا ترى أن في الفرس هكذا فكذلك في الدروع.

ولو قال: من دخل بفرسين فله مائتا درهم؛ على قول أبي حنيفة لا يستحق إلا مائة بخلاف الدرعين؛ لأن المقاتلة قد تتحقق باستعمال الدرعين جميعًا؛ لأن المبارز قد يظاهر بين الدرعين؛ فأما ركوب فرسين في حالة واحدة لا يتصور؛ فلهذا كانت الزيادة على الواحد عارية عن الفائدة فلا يستحق بها شيئًا، وعندهما: يستحق مائتا درهم؛ لأن المبارز قد يحتاج إلى فرسين لزيادة ركوب في حالة الكر والفر والثاني يفيد فائدة فاستحق باعتباره نفلا.

ولو افتتحت المدينة وجمع المال فقال الإمام من جاء بدرعين أو بفرسين فله

---

(١) أخرجه أحمد ٤٤٩/٣ (١٥٨١٣). وابن ماجه (٢٨٠٦) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«الترمذي» في «الشمائل» (١١١) قال: حدثنا محمد بن أبي عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٢٩) قال: أخبرني عبد الله بن محمد الضعيف.
أربعتهم: (أحمد، وهشام، ومحمد بن أبي عمر، وعبد الله) عن سفيان بن عيينة، عن يزيد بن خصيفة، فذكره.

كذا، فإنه يجوز التنفيل ويكره ووسع للمتنفل له أن يأخذه إذا كان جاهلا بالإجماع، وإن كان عالمًا؛ فعند أبي يوسف: لا يسعه أخذه، وعند محمد: يسعه، وهذا بناء على ما إذا طلق امرأته تطليقة بائنة وقضى القاضي بأنها رجعية؛ فعند أبي يوسف: المطلق يتبع رأي نفسه، فإن كانت بائنة عنده لا يسعه أن يقربها في العدة، وعن محمد: يتبع رأي القاضي، وإن عجز الإمام والجند عن حمل الغنائم فقال: من أخذ شيئًا فهو له؛ فحمل بعضهم شيئًا من ذلك فأحرزوه إلى دار الإسلام فهو له خاصة؛ لأن الإمام بالتنفيل قطع حق البعض عن المال.

ولو قطع الكل بإحراق يملك، فإذا ملك إبطال حق الكل فلأن يملك إبطال حق البعض أولى إلا إذا كان شيئًا لا حمل له ولا مؤنة فهو بين الجند على سهام الغنيمة؛ لأن مقصود الإمام بهذا التنفيل العجز عن حمله والجواهر والحلي فيما لا يعجز عن حمله فلا ينصرف تنفيله إليه.

ولو عجز عن حملها وعسكره فحمل بعضهم بعض المتاع من غير تنفيل لهم فهو بين العسكر كله؛ لأن الإحراز حصل بالكل، ألا ترى لو لحقهم المدد في هذه الحالة شاركوهم فيه فكذلك بقية العسكر، والله أعلم بالصواب.

(باب التنفيل على دخول المدينة والحصن)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في التنفيل على الدخول من بابه.

والثاني: في التنفيل على الدخول فيه أولا.

(فصل)

ولو قال الأمير: من دخل من باب هذه المدينة أو هذا الحصن أو هذه المطمورة فله ألف درهم؛ فاقتحم قوم من المسلمين فدخلوا، فإذا لها باب آخر مغلق غير ذلك الباب فلهم النفل؛ لأن الإمام إنما شرط لهم النفل عند الخوف على نفسه في دخول الحصن تحريضًا على القتال والخوف كان قائمًا في حال دخولهم فيها في أي

باب كان ويستحق كل واحد ألفا؛ لأنه إنما شرط لكل داخل ألفًا منكرا غير محصور متعدد فصار كمن أوصى لأناس شتى لكل واحد ألفًا منكرا فكذا هذا بخلاف قوله من دخل فله الربع من الغنيمة فدخل عشرة فلهم الربع من المال وهو معرف غير متعدد، فإن الربع جزء من المال المعين فكان الجزء معينًا بتعيين المال الذي أصله ضرورة.

ولو دخل واحد ثم واحد فإنهم يشتركون جميعا في النفل حتى يلتحق العدو، ولأن استحقاق النفل متعلق بالدخول حال قيام الخوف فما دام الحق قائمًا كان الاستحقاق باقيا.

ولو قال الأمير: من دخل الباب فله بطريق المطمورة فدخل جماعة فلهم البطريق لا غير؛ لأن الإمام شرط لهم البطريق معرفا بالإضافة إلى الحصن فلا شيء لهم سواه بخلاف ما لو قال فله بطريق فدخل قوم فلكل واحد منهم بطريق آخر غير ما لصاحبه؛ لأن البطريق المنكر بمنزلة الألف المنكرة وفي الألف المنكرة يستحق كل واحد ألفًا على حدة فكذلك البطريق المنكر، وإن وجد في الحصن ثلاثة بطاريق فلهم أولئك ولا شيء لهم سواهم؛ لأن المشروط لهم البطارقة التي في الحصن، فإذا لم يوجد في الحصن إلا بطريقين أو ثلاثة كان لهم ذلك لا غير بخلاف ما لو قال: من دخل فله جارية، فإذا ليس في الحصن إلا جاريتان أو ثلاث فلكل رجل قيمة جارية وسط؛ لأن قوله جارية يعني فله قيمة جارية؛ لأن تسمية الجارية فيما يثبت الحيوان دينا في الذمة تسميته لماليته كمن أوصى لقوم لكل واحد بجارية، فإذا ليس للموصي إلا جارية، فإن يعطي لكل واحد قيمة جارية وسط.

وكذلك لو قال: من دخل فله جارية من جواريهم، فإذا ليس فيه إلا جاريتان كان لهم ما وجد فيه لا غير ففصل بين الجارية المضافة إلى الحصن وبين الجارية المذكورة مطلقًا كما في الشاة لما عرف في الوصايا.

ولو قال: من دخل فله ألف درهم فدخل طائفة من ناحية الباب وطائفة نزلوا من فوق السطح أدلاهم غيرهم بإذنهم ففتحوا المطمورة فلهم نفلهم؛ لأن بالتدلي يحصل المتدلي في الحصن من فوق الحائط والحصول في الحصن من فوق

الحائط يكون أكثر إظهارا للشجاعة من الدخول من ناحية الباب، ألا ترى أنه لو تسوّر الحائط فدخل، فإنه يستحق النفل، فإذا تدلى من فوق الحائط؛ لأن يستحق أولى وإدلاء غيره بأمره كإدلائه بنفسه؛ لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر وهذا إذا انتهوا إلى مكان يمكنهم المقاتلة مع أهل الحصن، فإن كانوا في موضع لا يمكنهم المقاتلة بأن كانوا متدلين من رأس الحائط ذراعا أو ذراعين فلا نفل لهم لأنهم لا يمكنهم القتال معهم من هذا المكان فصار كأنه قام على رأس الحائط، ولو قام على رأس الحائط لا يستحق النفل فكذا هذا.

ولو دلوهم حتى توسطوا بهم الحصن وانقطعت الحبال فوقعوا في الحصن فلهم النفل؛ لأن الحبال انقطعت بفعلهم فإنهم إنما دلوهم بأمرهم فصار انقطاع الحبال بفعل المأمور كانقطاعها بفعل الآمر فكان حصوله في الحصن مضافا إلى صنعه فصار كما لو ألقوا أنفسهم في الحصن.

ولو لم تنقطع الحبال ولكن الذين دلوهم قطعوا الحبال قبل أن يبلغ القوم موضع القتال فوقعوا في الحصن فقاتلوا حتى افتتحوا الحصن فلا شيء لهم؛ لأن القطع حصل من غيرهم بغير أمرهم فلم يضر الوقوع مضافا إلى فعلهم، ولهذا يضمن الذين قطعوا الحبال الديّة إذا تلفوا بالوقوع في الحصن بسبب قطع الحبال فكيف يستحقون النفل بفعل يستوجب بدل نفسه على القاتل.

ولو قطع أهل الحرب الحبال بالسيف فوقعوا في الحصن فلهم النفل؛ لأنه لما انتهى إلى موضع وصل إليه سلاح المشركين فقد انتهى إلى موضع القتال معهم والتنفيل تحريض على القتال فكان حصوله في موضع القتال كالمقاتلة حقيقة.

ولو توهقه[1] أهل الحصن توهق حتى رموه في الحصن فلا نفل له؛ لأن الكفار لما توهقوه قبل أن يصل إلى موضع تقاتلهم لم يتحقق منه حقيقة القتال في

---

(١) المُواهقَة في السير: المواظبة ومدّ الأَعناق. وتوهقه في الكلام: اضطره إلى ما بقي فيه متحيرا.
وفي حديث جابر: فانطلق الجمل يُواهِقُ ناقته مواهقةً أَي يباريها في السير ويماشيها.
ومُواهقة الإبل: مَدّ أَعناقها في السير.
والمُواهقَة: أن تسير مثل سير صاحبك وهي المواضخة والمواغدة كله واحد.

الحصن ولا الحصول في موضع المقاتلة وفعل الكفار لا يضاف إليه فلم يصر سبب الاستحقاق موجودا.

(فصل)

ولو قال: من دخل منكم أولا فله ثلاثة رؤوس ومن دخل ثانيًا فله رأسان ومن دخل ثالثا فله رأس فدخل واحد ثم واحد ثم واحد فلكل واحد ما سماه؛ لأن الإمام فاوت لهم في النفل على حسب تفاوتهم في الخوف، فإن خوف الأول فوق خوف الثاني والثالث وخوف الثاني فوق خوف الثالث فهما تفاوتا في الخوف تفاوتا في الاستحقاق المبني عليه.

وكذلك لو قال من دخل منكم فله ثلاثة أرؤس فللثاني رأسان وللثالث رأس؛ لأنه لما فاوت بينهم في النفل دل ذلك على إرادته دخولهم متعاقبًا.

ولو دخلوا ثلاثة معا بطل نفل الأول والثاني ولهم جميعًا نفل الثالث؛ لأن الأول اسم لفرد سابق والثاني لمن تقدمه واحد ولم يوجد فبطل نفلهما لانعدام الشرط وهو التفرد والمسابقة في الدخول.

وأما الثالث لو سبقه اثنان كان ثالثهما، وإذا قاربه اثنان كان كذلك وهذا؛ لأن خوف الثالث فيما إذا قارنه اثنان فوق ما إذا تقدمه اثنان؛ لأن الإنسان يقدر أن يتبع الانسانين ولا يقدر أن يدخل معهما، فإذا كان جوقه أشد وأتم كان فعله في الاستحقاق أبلغ وأحكم وإن دخل اثنان أول مرة بطل نفل الأول ونفل الثاني يكون لهما؛ لأن صفة الأولية انعدمت بالمقارنة الثاني معه وصفة المثنى لم تنعدم بالمقارنة؛ لأن الثاني مثنى سبقه واحد وقارنه كالثالث لما بينا.

ولو قال لرجل: إن دخلت أولا لست أطعمك، وإن دخلت ثانيا فلك رأسان فدخل أولا فلا شيء له قياسا؛ لأن الإمام شرط أن يكون النفل له إذا كانت ثانيا وشروطه مرعية، فإذا دخل أولا فلم يوجد الدخول ملك الصفة المشروطة فلا شيء له كما لو لم يتقدم منه هذه المقالة، وفي الاستحسان له النفل المشروط.

ولو لم تتقدم هذه المقالة لا شيء له والفرق أن هذا الشرط من الإمام ليس

بقصر للحكم عليه لكن لمعنى الناس عن وجود ما هو أعلى منه فكان هذا شرطا لم يذكر لقصر الحكم ويفسده به فلا يحرم النفل بدخوله أولا وهذا؛ لأن الكلام يتقيَّد بدلالة الحال، فإذا تقدم منه هذه المقالة كان هذا دليلا على أنه لم يرد بذكر الشرط منع النفل إذا وجد منه ما هو فوقه فكان ذكر هذا الشرط عاريا عن الفائدة فلا يعتبر فأما إذا لم تتقدم منه هذه المقالة فقد شرط لاستحقاق النفل دخوله ثانيا لا غير والشرط قد يذكر لتعليق الحكم به وهنا يجوز أن يكون شرط ذلك لإيفاء حياته كي لا يوقع نفسه في التهلكة فمتى دخل وإلا فقد خالف أمر الإمام فصار غاصبا فلا يستحق النفل.

ولو قال الأمير لثلاثة بأعيانهم: من دخل منكم باب هذا الحصن أولا فله ثلاثة أرؤس وللثاني رأسان وللثالث رأس فدخل رجل من الثلاث الحصن ومعه قوم من المسلمين فله ثلاثة أرؤس؛ لأنه أضاف هذه الصيغة إليهم فقال منكم وكان مراده الأول منهم، ألا ترى لو قال من دخل أولا من الناس فدخل رجل ومعه من البهائم أو قال من دخل من الرجال أولًا فدخل رجل معه نساء، فإنه يستحق فكذا هذا وبمثله لو قال: من دخل منكم أيها الثلاثة هذا الحصن قبل الناس فله كذا فدخل معه رجل من غيرهم من المسلمين أو الكفار فلا شيء له؛ لأن قوله قبل الناس طلب منه والسبق على ما ينطلق عليه اسم الناس ولم يتقدم معه غيره.

ولو قال: من دخل هذا الحصن أولا من المسلمين فله ثلاثة أرؤس فدخل ذمي ثم مسلم، فإنه يستحق النفل؛ لأنه جعل النفل لمن هو موصوف بهذه الصفة وهو كونه داخلا أولا من المسلمين والذمي غير موصوف بهذه الصفة فلا يمنع أولية المسلم كالبهيمة إذا دخلت أولا ثم دخل مسلم فله النفل بخلاف قوله من دخل هذا الحصن من المسلمين أولا من الناس فدخل ذمي ثم مسلم فلا شيء له؛ لأنه أوجب النفل للداخل من المسلمين شرط من يكون أول الناس فلما دخل الذمي أولا صار المسلم ثاني الناس فلا شيء له.

ولو قال الأمير: كل من دخل منكم هذا الحصن أولا فله رأس فدخل خمسة معا

فلكل واحد منهم رأس؛ لأن كلمة كل كلمة تعميم قال الله تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ (٢٦)﴾ فيتناول جميع المسميات بعمومها بخلاف ما لو قال من دخل أو أي رجل دخل؛ لأن هذه كلمة فرد فيتناول فردا من المسميات.

ولو قال: من دخل منكم خامسا فله رأس فدخل خمسة معا استحق كل واحد النفل لأنه أوجب النفل للخامس متى دخلوا معا يتناول كل واحد اسم الخامس، وإذا دخلوا متعاقبا فالخامس آخرهم.

(باب السرية تؤمن أهل الحصن على مال ثم تلحقها سرية أخرى)

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

فصل في السريتين.

وفصل في ثلاث سرايا.

(فصل)

سرية صالحوا أهل حصن على خمسمائة درهم على أن يؤمنوهم حتى يخرجوا إلى دار الإسلام صح ذلك، لأنهم لو أمنوهم بغير عوض جاز، فمع العوض أجوز وما أخذوا قبل الصلح فهو لهم؛ لأن المأخوذ صار غنيمة، فإن مضت مدة السرية في أرض ودخلت سرية أخرى من المسلمين فأخبروا بذلك الصلح وشهد عليه عدلان مسلمان ليس لهم أن يتعرضوا لأهل الحصن بشيء؛ لأن عقد الأمان من السرية الأولى نافذ في حق المسلمين كافة إلا أن يبدو إليهم برد الدنانير المقبوضة عليهم لما عرف، وإذا ردوا الدنانير وقاتلوهم حتى ظهروا بهم ثم التقوهم السرية الأولى فهم شركاء في أموال أهل الحصن والدنانير التي أخذها السرية الأولى؛ لأن كل ذلك غنيمة وقد اشتركوا في إحرازها بدار الإسلام وذلك سبب الشراكة بينهم فيها؛ لأن السرية الثانية أخذوا ما عرفوا والدنانير من أموالهم من أموال أهل الحصن قبل القسمة لأنهم تواصلوا إلى هذه الأموال برد تلك الدنانير فلا يكونوا متبرعين فيما

أدوا وإنما كانوا متطرقين بها إلى الوصول إلى هذه الغنيمة فيكون حقهم في ذلك القدر متقدما على حق الغانمين، وإنما كانوا أدوها من غنيمة أصابوها لم يأخذوا؛ لأن المؤدى من جملة الغنيمة المشتركة بينهم، وإن لم تلتق السريتان في دار الحرب سلمت للسرية الأولى الدنانير وللسرية الثانية غنائمهم؛ لأن كل فريق اختص بإحراز ذلك وليس للسرية الثانية أن يأخذوا دنانيرهم المعربة المؤداة من السرية الأولى لأنهم اختصوا بمنفعة ما أدوا حتى سلمت لهم غنائمهم بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه اشتركت السريتان في المنعة وهو غنائم أهل الحصن ومتى اشتركا في المغنم اشتركا في الغرم، وإن لم تظفر السرية الثانية بالحصن والتقت السريتان في دار الحرب لم تكن للسرية الثانية أن يأخذوا الدنانير من الغنائم التي أحرزوها بدار الإسلام؛ لأن لا منفعة للسرية الأولى فما أدوا من الدنانير متى لم يتواصلوا بها إلى غنائم أهل الحصن وكانت السرية الثانية شرعت في الأداء في حقهم فلا يصح الرد في حقهم بخلاف الأولى؛ لأن الغنم يقابل الغرم فصح الرد في حق الكل.

وكذلك إن كانت للسرية الثانية غنيمة أخرى من غير أموال أهل الحصن لم يكن لهم أخذ الدنانير منها؛ لأن هذه الغنيمة كانوا يتوسلون إليها بدون رد الدنانير فلا يظهر حكم رد الدنانير في حقها وإن خرجت السرية الأولى ثم وصلت السرية الثانية إلى الحصن فلهم أن يقاتلونهم من غير رد الدنانير؛ لأن أمانهم كان مؤقتا إلى غاية خروج السرية الأولى إلى دار الإسلام فانتهى الأمان بوجود الغاية، ولو كان خرج بعضهم دون بعض فالمعتبر خروج الأمير مع منعته؛ لأن الباعث لأهل الحصن على التماس الصلح خوفهم من السرية وذلك كان باعتبار منعتهم لا باعتبارها بعض من لا منعة لهم، ولو لم يخرجوا السرية الأولى ولكنهم قتلوا أو ماتوا يحل قتال أهل الحصن؛ لأن أهل الحصن يأمنون منهم إذا قتلوا فوق ما يأمنون إذا خرجوا، ولو صالحوهم على مال ولم يوقتوا وقتا فهذا على خروجهم إلى دار الإسلام لا الأمن دائما، فإن خرجوا ثم عادوا أو غيرهم لم يقاتلوا أهل الحصن حتى ينبذوا إليهم ولا يردوا الدنانير عليهم؛ لأن الأمان لهم ثبت مطلقًا نصًا ولكن مقصودهم من إعطاء الدنانير لهم يحصل مؤقتًا بخروج السرية إلى دار الإسلام فباعتبار المقصود مؤقتا سلمت للسرية الدنانير بالخروج وباعتبار كون الأمان مطلقا لا يحل قتالهم ما لم

ينبذوا إليهم احتياطا للجزية كما لو آمنوهم بغير عوض بخلاف ما سبق؛ لأن هناك الأمان ثبت مؤقتًا نصًّا فلا يبقى بعد مضي الوقت، ولو بعث الإمام سرية إليهم من دار الإسلام من يدعوهم إلى الصلح فصالحوهم على أن يؤمنوهم على مال مطلقًا فليس للإمام أن يقاتلهم حتى ينبذوا ويرد ما أخذ منهم إليهم؛ لأنه ما حل بهم الخوف فلم يكن مقصودهم من بذل المال إزالة الخوف الذي حل بهم، وإنما مقصودهم من بذل المال تحصيل الأمن مطلقًا حتى لا يتعرض لهم أحد من المسلمين والمطلق فيما يحمل التأبيد بمنزلة المصرح بذكر التأبيد فكانوا قالوا آمنونا أبدًا.

(فصل)

ولو بعث الإمام ثلاثة عساكر إلى دار الحرب فصالح أهل حصن لم يحاصرهم المسلمون مع أمير عسكر من تلك العساكر على أن يؤمنوهم على ألف دينار حتى يرجعوا من غزاتهم فليس لأحد أن يغير عليهم حتى يرجع العساكر إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يكن مقصود أهل الحصن الأمان من العسكر المبعوث إليهم خاصة فإنهم لم ينزلوا بساحتهم بعد بل خوفهم من جميع عساكر المسلمين بصفة واحدة وذلك إنما يحصل إذا عم الأمان كافة المسلمين بخلاف ما لو حاصروهم عسكر أو كان قريبا منهم فلغيرهم أن يقاتلوهم من غير بد لأنهم صاروا محصورين معهم قرب من جهتهم فكان مقصودهم الأمن من هؤلاء خاصة ومطلق الكلام يتقيد بالمقصود.

وكذلك لو كانوا إلى أحد العساكر فقالوا: آمنونا أنتم خاصة يثبت أمانهم في حق الكافة؛ لأن الأمان صدر منهم مطلقا، فإن قالوا: على أن يكفوا عنا أنتم خاصة فهذا على ذلك العسكر خاصة وجود دليل التخصيص صريحا والله أعلم.

(باب من يستحق السلب ومن لا يستحقه)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

أحدها: في تنفيل الأمير لنفسه.

والثاني: في التنفيل لغيره على وجه التخصيص.

والثالث: في التنفيل على وجه التعميم.

والرابع: في التنفيل بقتل رجل معين فقتل المنفل له غيره.

(فصل)

ولو قال الأمير للعسكر في دار الحرب وقد لقوا العدو: من قتل قتيلا فله سلبه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن كلمة من اسم منكر منهم والأمير معرف والمعرف لا يدخل تحت المنكر كما لو أمره غيره بالتزويج فزوج المأمور من نفسه لا يجوز.

وجه الاستحسان: أن استحقاق السلب بالتنفيل كاستحقاق الغنيمة ثم الإمام يستحق سهمًا من الغنيمة كواحد من الغانمين فكذلك النفل ألا ترى أنه يقسم الغنائم فيتبين سهمه جاز، وتبين أن هذا ليس بقضاء منه ليكون قضاء لنفسه.

ولو قال: من قتلته أنا فلي سلبه، فإنه لا يستحق السلب بالقتل؛ لأن خص نفسه بذلك وفيه تهمة فلا يصح منه ذلك بخلاف ما لو أطلق؛ لأنه عم التنفيل وانتفت التهمة.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل الأمير رجلا فلا شيء له؛ لأن قوله منكم يميز نفسه منهم؛ لأن حرف (من) للتبعيض والتمييز.

ولو قال: إن قتلت قتيلا فلي سلبه ثم لم يقتل قتيلا حتى قال من قتل قتيلا فله سلبه ثم قتل الأمير قتيلا فله سلبه؛ لأنه عم للتنفيل بالكلامين فصار التعميم بالكلامين كالتعميم بكلام واحد وذلك جائز ويستحق الإمام سلبه بالقتل فكذا هذا.

ولو قتل الإمام قتيلين أحدهما قبل قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه والآخر بعده فله سلب قتيل الآخر؛ لأن التنفيل الأول كان خاصا له فلم يستحق السلب لتهمة الإتيان والتنفيل الثاني كان عاما فيستحق سلب القتل الثاني.

ولو قال لرجل: إن قتلت قتيلا فلك سلبه فقتل قتيلين فله سلب الأول دون الثاني؛ لأنه ذكر القاتل بحرف إن وأنه للتخصيص فيتناول القتيل الواحد.

ولو قال: إن قتل رجل منكم قتيلا فله سلبه فقتل قتيلين فله سلبهما، وكذلك لو قتل رجلان كل واحد منهما ينكر فلكل واحد سلب جميع ما قتل؛ لأن قوله رجل

منكم نكرة في موضع النفي؛ لأنه مذكور في موضع الشرط والشرط للنفي والنكرة في النفي تعم؛ لأنه في موضع الشرط والشرط للنفي والنكرة للنفي تعم فيتناول كل واحد من آحاد العسكر كقوله إن دخل من نسائي الدار فهي طالق يتناول كل واحدة منهن.

ولو قال الأمير لواحد: إن قتلت قتيلا فلك سلبه فقتل قتيلين ينظر إن قتلهما على التعاقب فله سلب الأول دون الثاني وإن قتلهما جميعًا فله سلب أحدهما والخيار إليه لا إلى الإمام؛ لأنه تفرد الثاني وإن قتلهما جميعًا فله سلب أحدهما والخيار إليه لا إلى الإمام؛ لأنه تفرد بقتل أحسنهما سلبا كان له، فإذا ظهر زيادة جلادة بقتل غيره، فإن لم توجد هذه الزيادة في نقله فلا أقل من أن لا يحرم عن أفضلهما سلبا.

وكذلك لو قال: إن أصبت أسيرا فهو لك فأصاب أسيرين على التعاقب فالأول له وإن أصابهما معا فالخيار إليه كما في القتيلين.

ولو قال لواحد: إن أصبت عشرة أرؤس فلك منهم واحد فأصاب أكثر من عشرة أو أقل كان له في الزيادة ما بين واحد لا غير وفي النقصان بحساب ذلك إن كان خمسا فنصف الواحد الوسط بخلاف ما لو قال للعشرة إن أصاب رجل منكم عشرة أرؤس فله منها واحد فأصاب لكل واحد عشرة أو أكثر فله من كل عشرة واحد، والفرق أن قوله رجل منكم نكرة في النفي فتعم، وإن كان للتخصيص ولكن المقصود من الخطاب للجماعة كسر شوكة المشركين وقمع منعتهم واللفظ، وإن كان خاصا بصيغته ولكن باعتبار قصد الإمام صار عاما بمعناه فأما ليس المقصود من خطاب الواحد كسر شوكتهم، فإن الواحد لا يقدر على كسر شوكتهم فلم يثبت العموم لا باعتبار صيغته ولا باعتبار قصده وإرادته، وكذلك لو قال لعشرة إن أصبتم عشرة أرؤس فلكم منها واحد، فهذا وخطاب الواحد سواء؛ لأن التخصيص ثابت في لفظه؛ لأنه خاطبهم بخطاب واحد فلا يمكن تعميمه باعتبار قصده.

ولو خرج عشرة من المشركين للقتال والمبارزة فقال الأمير لعشرة من المسلمين ابرزوا إليهم إن قتلتموهم فلكم أسلابهم فبرزوا إليهم فقتل كل رجل

رجلا منهم كان لكل واحد سلب قتيله استحسانًا والقياس أن تكون الأسلاب مشتركة بينهم؛ لأن قوله إن قتلتموهم شرط وقوله فلكم أسلابهم جزاء والجزاء لا يتوزع على أجزاء الشرط بل يثبت الكل عند وجوده. وجه الاستحسان: أن جميع الأفعال متى أضيف إلى جماعة الفاعلين، فإنه يتفرق وينقسم آحادهم على آحادهم ومجموعه على مجموعهم لما عرف في الأيمان، فإن قتل تسعة من المسلمين تسعة من المشركين وهرب العاشر لم يستحقوا شيئًا قياسًا؛ لأن الشرط قتلهم جميعًا فيقتل بعضهم لا يترك الجزاء ويستحقون أسلابهم استحسانًا؛ لأن مقصود الإمام قد حصل بقتل التسعة وهو قهرهم وكسر شوكتهم ودفع غلبتهم.

ولو قال: إن قتل اثنان منكم قتيلا فله سلبه فقتل مسلم ومشرك مشركا أخطأ المشرك بقتل صاحبه فنصف السلب للمسلم القاتل ونصف الآخر غنيمة؛ لأن المشاركة والمزاحمة في القتل من غير المنفلين فلم يستحق المسلم إلا النصف.

(فصل)

ولو قال الأمير للقوم: إن قتل رجل منكم قتيلا فله سلبه فقتل رجلان قتيلا فلهما سلبه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الأمير نص على الفرد فقال إن قتل رجل منكم والرجل اسم فرد فكان سبب استحقاق السلب تفرده بالقتل ولم يوجد. وجه الاستحسان: أن قوله رجل نكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل واحد منهم؛ ولأن مقصود الإمام من التنفيل هو التحريض على قتال المشركين لدفع ضررهم وإطفاء ثائرتهم وهذا يحصل بإجماع المسلمين على قتال الكفار وغالبا؛ لأن الغالب أن القتل يحصل حالة الإجماع فمتى أجمعا فقد حصّلا القتل على الوجه المعتاد فيعتبر سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهم.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فقتل رجلان منهم رجلا واحدًا فلهما سلبه؛ لأن حرف (من) للتعميم إلا أن الإيجاب حصل لكل واحد منهم حال تفرده بالقتل والإجماع غير الفرد والمثنى ليس بجمع صحيح فكان الإيجاب متناولًا لهما وإن قتله الثلاثة فلا شيء لهم استحسانًا؛ لأن الإيجاب تناول الفرد، فإن الاسم يبنى عن

الفرد والجمع ضد الفرد والثلاث جمع صحيح والجمع لا يدخل تحت اسم الفرد والمثنى ليس بجمع صحيح فدخلا تحت الفرد.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فضرب مسلم مشركا فرماه من الفرس فجره الضارب إلى عسكر المسلمين ولهم سلبه فعاش أياما ثم مات قبل قسمة الغنيمة فللضارب سلبه، وإن مات بعد القسمة في دار الإسلام فلا شيء له؛ لأنه متى مات قبل القسمة فقد تم سبب الاستحقاق وهو القتل للضارب، ولم يتم سبب الاستحقاق للغانمين وهو الإحراز بدار الإسلام فيستحقه الضارب، وبعد القسمة لم يتم سبب الاستحقاق للضارب وقت القسمة وقد تم سبب الاستحقاق للغانمين وهو الإحراز، ولا يجوز تعطيل سبب تام لتوهم حق عسى يجب وعسى لا يجب فيقسم المضروب في الغنيمة؛ لأنه لا يملك للضارب ولا حق له في السبب قبل موت المضروب فلم يوجد المانع من القسمة، ولو أخذ المشركون المخروج حين ضربه المسلم وأخذ الضارب سلبه ثم اختلف الضارب والغانمون فقال الضارب: مات قبل القسمة، وقال الغانمون: مات بعد القسمة فالقول قول الغانمين ولا يقتل عليهم بينة الضارب إلا بينة مسلمة؛ لأن الضارب يدعي الاستحقاق وهم ينكرونه.

ولو حمل رجل من المسلمين رجلا من المشركين عن فرسه فجاءه إلى الصف أو إلى العسكر فذبحه فلا شيء له ويكره له ذلك؛ لأنه علق استحقاق السلب بقتل من هو محارب مقاتل وهذا قد صار أسيرا ولم يبق محاربا وصار قنًّا للمسلمين وللإمام في الأسرى رأي وخيار فهو بالقتل فوت عليه رأيه فيكره إلا إذا كان معدما إلى الصف يقاتل معه فقلنا بأنه يستحق السلب.

(فصل)

أصله: وهو أنه متى خالف الجندي رأي الأمير في الجنس لا يستحق شيئًا ومتى وافقه في الجنس وخالفه في الصفة، فإنه ينظر إن أتى بما هو منفعة للمسلمين وخير لهم، فإنه يستحق، وإن كان فيه شر للمسلمين أو منفعته دون منفعة المأمور به فلا يستحق شيئًا كما في الوكيل بالبيع.

ولو قال الأمير: من قتل بطريقًا من البطارقة فله سلبه فقتل رجل رجلا من غير البطارقة لا يستحق سلبه؛ لأن الإمام إنما أثبت له سلب البطريق لما في قتله كسر الشوكة وقهر المنعة وهذا لا يحصل بقتل غير البطريق مثل ما يحصل بقتل البطريق وكان هذا خلافا إلى شر.

ولو قال: من قتل شيخًا فله سلبه فقتل شابا يستحق؛ لأنه أتى بما هو خير فيعد ممتثلًا لا مخالفًا.

ولو قال: من قتل شابًا فقتل شيخًا لا يستحق؛ لأنه أتى بما هو شر فصار مخالفًا.

ولو قال: من جاء بأسير فله كذا فجاء بوصيف فلا شيء له؛ لأن الأسير اسم للبالغ من الذكور والوصيف اسم للصغير الذي هو غير منتفع فقد خالف في الجنس.

ولو قال: من قتل صعلوكا من صعاليك المشركين فله سلبه فقتل بطريقًا لا يستحق سلبه؛ لأن الإمام نفله سلب الصعلوك وسلب البطريق أكثر قيمة من سلب الصعلوك حتى لو قال: من قتل صعلوكًا فله مائة درهم فقتل بطريقا يستحق المائة؛ لأنه أتى ما هو أنفع لهم والنفل لا يختلف، كما لو قال من قتل شيخا فله سلبه فقتل شابا استحق سلبه؛ لأن قيمة السلب لا تختلف بالشاب والشيخوخة.

ولو قال: من جاء بألف درهم فجاء بألف دينار لا شيء له؛ لأنه خالفه في الجنس كما في الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لا ينفذ؛ لأنه خالف في الجنس فكذا هذا.

(باب في استحقاق السلب)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

أحدها: فيمن يستحق السلب.

والثاني: في القتل الذي هو سبب الاستحقاق.

والثالث: فيما يستحقه بالتنفيل.

والرابع: فيما يتناوله اسم التنفيل.

(فصل)

وكل من يستحق شيئًا من الغنيمة يستحق النفل والسلب كالذمي والمرأة والعبد والصبيان العاملين يستحقون الرضخ فيستحقون النفل إلا إذا حضر الإمام الأحرار البالغين المسلمين فحينئذ لا شيء لهم؛ لأن للإمام ولاية التخصيص والتمليك والإبطال والتعطيل.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فأسلم قوم من أهل الحرب فقتل رجل منهم مشركا أو قتل رجل من أهل سوق العسكر مشركا فلا شيء له قياسًا؛ لأن التنفيل إنما يتناول من كان معه يوم التنفيل والذي يسلم بعد التنفيل لم يتناوله الخطاب وله سلبه استحسانًا؛ لأن كل من يستحق الرضخ يستحقون النفل.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فدخل عسكر آخر من أرض الإسلام مددًا لهم فقتل رجل منهم قتيلا كان له سلبه إذا كان الأول أميرًا على العسكريين جميعًا؛ لأن الثاني إذا كان تحت راية الأمير صار موليا عليهم من جهته وولايته عليهم شاملة فصار بتنفيله عليهم.

(فصل)

أصله: أن كل من كان قتله مباحًا في الجملة يستحق السلب بقتله بالتنفل؛ لأن التنفل تحريض على القتال، وإنما يتحقق التحريض بقتل من هو مباح لا بقتل من هو حرام وكل سلب لولا التنفيل فيه يستحق بالغنيمة يصح فيه التنفيل وما لا يستحق بالغنيمة لا يصح فيه التنفيل؛ لأن التنفيل لقطع الشركة وتخصيص المنفل له بالملك فيه تنقطع شركة الغير عنه.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل أجيرًا من أهل الحرب لم يقاتل أو تأخر في عسكرهم أو الذمي الذي نقض العهد وخرج إليهم أو مريضا لا يستطيع القتال فله سلبه؛ لأن قتل هؤلاء مباح؛ لأن بنية الأجير صالحة للحراب وهو من جملة المقابلة والتاجر كثر سوادهم والذمي ينقض العهد صار كالحربي والمريض إن كان لا يستطيع القتال ولكن من أهل الرأي والمشورة يقابل برأيه فكان قتله مباحًا.

ولو قتل امرأة أو صبيا لا شيء له؛ لأن قتلهما غير مباح إلا أن يكونا يقاتلان فحينئذ يستحق السلب بقتلهما؛ لأنه مباح قتلهما في هذه الحالة، وإن قتل شيخا فانيا فلا شيء له؛ لأن الشيخ الفاني من لا رأي له في أمر الحرب ومثل هذا لا يباح قتله.

ولو قاتل مسلم مع الكفرة المسلم فقتله رجل منفل له لم يكن له سلبه؛ لأن المسلم وما في يده لا يغنم، وإذا لم يستحق الغنيمة لا يستحق بالنفل، وإن كان السلب مما أعاره المشركون فقتله إنسان فله سلبه؛ لأن قتله مباح وسلبه في الغنيمة فيستحق بالتنفيل.

(فصل)

ولو كان السلب عارية عند المشرك كصبي أو امرأة فهو كالذي للبالغ من أهل الحرب؛ لأنه يستغنم مالهما كمال البالغ، فإن أعار المسلم أو الذمي سلاحه الحربي فقاتل المسلمون فقتله مسلم ينظر إن كان المسلم أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فسلبه للقاتل عند أبي حنيفة خلافًا لهما بناء على أن ماله يغنم عنده وعندهما لا يغنم، فإن كان المسلم من دار الإسلام، فإنه لا يغنم ماله؛ لأنه مال معصوم بعصمة متأكدة، وإن كان المسلم أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فأخذ مشرك سلاحه غصبا فقاتل به فقتله مسلم فليس له سلبه.

ولو دخل مسلم دار الحرب بأمان فأخذ مشرك سلاحه غصبا فقاتل فقتله مسلم فله سلبه والفرق في الأول لا يملك الكفار ماله بالاستيلاء لما تبين فلا ينقطع عنه ملكه وفي الثاني يملكه الكفار بالاستيلاء فانقطع ملكه عنه.

ولو رمى مسلم مشركا في صفهم فقتله فأخذ المشركون سلبه ثم انهزموا فوجد السلب في الغنيمة، فإنه يكون في الغنيمة ولا شيء للقاتل؛ لأنه لما سلبوه وانتزعوه منه فقد ملكوا ذلك السلب فاعترض ملكهم على ملك المتنفل له، فإذا ملكوه الغزاة بعد ذلك كان غنيمة.

ولو انهزموا ولا يدري أيهم هل أخذوا سلبه أم لا، فإنه ينظر إن وجد السلب قد نزعوا عنه فهو فيء لأنهم لما نزعوه فقد أثبتوا أيديهم على السلب وبطل ملك القاتل عنه لاعتراض ملك الكفرة عليه، ولو لم ينزعوا شيئًا من نفس المقتول يكون

للقاتل؛ لأن يدهم لم تثبت عليه حتى كان السلب على المقتول، وكذلك لو جره المشركون حين قتل وسلبه عليه ولم ينزعوا وهربوا فسلبه للقاتل؛ لأن جرهم محتمل قد يكون لكي لا تطأه الخيول وقد يكون كي لا تنكسر قلوب المشركين.

ولو وجدوه على دابته بعدما سار العسكر مرحلة أو مرحلتين لا يدري أكان في يد أحد أو لم يكن فهو للقاتل قياسًا؛ لأن الحاجة هنا إلى إبطال الاستحقاق الثابت للقاتل، وإذا لم يعرف ثبوت يد الغير على الدابة والدابة يحتمل أنها سارت بنفسها فلا تبطل استحقاقه بالدليل المحتمل ولا يكون له استحسانًا؛ لأن الدابة لا تسير يوما أو يومين سيرا مستقيما، فإن الظاهر أنها تسير من غير سائق أو قائد يمنة أو يسرة فلما سار في مثل هذه المدة مستقيما علم أنه أخذه منهم فيكون فيئا.

ولو أن المشركين أخذوا دابته فحملوا عليها القتيل وعليها سلاحه فهو للقاتل لأنهم لما حملوه على دابته مع سلاحه فالظاهر أنهم لم يأخذوه للملك بل للرد على أهله فلم يملكوه، ولو حملوا على الدابة القتيل وسلاحه وسلاحهم وأمتعتهم فهذا يكون فيئا؛ لأن حملهم على الدابة سلب القتيل ومتاعه إنما يكون بطريق الاستيلاء والتمليك فانقطع حق المنفل له إلا أن يكون شيئًا يسيرا كالإداوة ونحوها فيكون للقاتل بناء على مسألة الدعوى دابة يدعها رجلان لأحدهما عليها حمل وللآخر عليها إداوة أو شيء علقه عليها فالقول لصاحب الحمل؛ لأن يده محتوية عليها ظاهرا فكذا هذا، ولو أخذت الورثة الدابة فحملوا عليها القتيل وسلاحه فهذا يكون فيئا؛ لأن حمل الورثة السلب وأخذهم يكون على وجه الاستيلاء والتملك لا غير فقد اعترض ملكهم على ملك المنفل له فبطل ملكه وكذلك الوصي بمنزلة الوارث؛ لأن الوصي يأخذ المال للحفظ على الوارث فصار كأحد الورثة بأنفسهم، فإن قتل أحد الوارث يكون على وجه التملك إذا بقي ملكا للمقتول فأما إذا لم يبق ملكا له فلا. قلنا هذا من أحكام الإسلام وهذا غير ثابت في حقهم فإنهم لم يعتقدوا الملك بطريق التنفيل والغنيمة بالقهر والغلبة فصار في زعمهم أنهم أخذوا ملك أنفسهم فملكوا بالاستيلاء، ولو قال الأمير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجلان رجلا ومع غلامه فرس له قائم بجنبه بين الصفين يكون للقاتل

فرسه؛ لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن من القتال فارسا إذا كان فرسه مع غلامه يقرب منه فأما إذا كان فرسه مع غلامه لا يقرب منه بأن لا يكون بجنبه في الصف فلا يكون له؛ لأن التمكن من القتال فارسا إنما كأن يكون بقدرته عليه من غير معالجة كبيرة ومتى كان الفرس لا بجنبه، فإنه لا يتمكن إلا بمعالجة وإعراض عن القتال وبالتربص إلى أن يحضر عبده أو بالمشي إلى الصف فلا يكون متمكنا من القتال فارسًا، ولو قتل رجلا مشركا على برذون، فإنه يستحق سلبه؛ لأن من كان على البرذون يسمى فارسا، ألا ترى أنه يستحق سهم الفرسان، ولو كان على حمار أو بغل أو جمل لا يستحق السلب؛ لأن راكب هذه الأشياء لا يسمى فارسا، ألا ترى أنه لا يستحق سهم الفرسان.

(فصل)

أصله: أنه متى علق الاستحقاق باسم الجنس يتناول الذكر والأنثى ومتى قيده بصفة الأنوثة لا يتناول الذكر؛ لأن ذلك اسم نوع فلا يتناول الجنس.

ولو قال: من قتل قتيلا فله برذونه فقتل رجلا على فرس لا يستحق فرسه؛ لأن المعلق بالقتل استحقاق البرذون والفرس فوقه؛ لأن الفرس اسم للعربي خاصة والبرذون لما يكون للعجمي خاصة فلا يستحق الأرفع والأعلى بتنفيل الأوضع والأدنى، كما لو قال له مائة درهم لا يستحق مائة من نقد بيت المال فكذا هذا.

ولو قال: من قتل قتيلا فله دابته فقتل رجلا على حمار أو بغل أو فرس فله ذلك؛ لأن الدابة اسم لهذه الحيوانات كلها، ولو كان على بعير لا يستحقه استحسانًا؛ لأن اسم الدابة لا يتناول البعير، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب بعيرا لا يحنث.

ولو قال: من قتل قتيلا على حمار هو له فقتل رجلا على أتان كان له؛ لأن الحمار اسم جنس فدخل تحت الاستحقاق الأنثى والذكر بخلاف ما لو قال من قتل قتيلا على أتان فقتل رجلا على حمار ذكر لا شيء له؛ لأن اسم الأنثى لا يتناول الذكر وكذلك البعير والناقة بخلاف البغل والبغلة، فإن كل واحد منهما اسم جنس فيتناول الذكر والأنثى جميعا.

(القسم الرابع في حكم الأسرى والمستأمنين)

(باب مفاداة الأسرى)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في مفاداة الأسير بالأسير.

والثاني: في المفاداة بالمال.

(فصل)

ولا يجوز مفاداة الأسير بالأسير عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز؛ لأن المفاداة جائزة عند الحاجة وقد مست الحاجة وهو تخليص المسلم عن أيدي الكفار وذلك أولى من قتل هذا الكافر أو استرقاقه والانتفاع به، ولأن مفاداة الأسير بالأسير قتال من وجه وهو عود المؤمن إلينا وضرورته عونا لنا.

لأبي حنيفة: إن في المفاداة إعانة وتقوية لأهل الحرب، فإنه إذا عاد الحربي إلى دار الحرب صار حربا علينا ولا يجوز تمكين العدو من ضرورته حربا علينا؛ لأن دفع شر حرابهم عن المسلمين خير من استنفاد المسلم وتخليصه عنهم؛ لأنه إذا لم يخلص كان ذلك أملا في حقه.

وذكر الكرخي: قال أبو يوسف: تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا يجوز بعدها، وقال محمد: يجوز على كل حال؛ لأن الحق ثابت قبل القسمة، فإذا جاز المفاداة مع وجود الحق قبل القسمة فكذا بعدها.

لأبي يوسف: أن الملك قد ثبت للمقسوم له فلا يجوز إبطاله عليه من غير عوض والاستبدال والمعاوضة لا يستقيم؛ لأن الثابت بعد القسمة هو الملك والملك أقوى من الحق، فإذا جاز إبطال الحق لا يدلّ على أنه يجوز إبطال حقيقة الملك.

قال محمد: لا بأس بأن يعاد والشيخ الفاني بالمال إذا كان لا يرجى منه ولد؛ لأنه لا معونة لهم بخلاف النسوان والصبيان؛ لأن في الرد عليهم معونة لهم.

ولو طلب المشركون أن يأخذوا واحدًا من المشركين من أسراهم ويعطوا بدله

رجلين لم يجز؛ لأنهم لا يفعلون ذلك إلا بفائدة ترجع إليهم ولا فائدة في ذلك للمسلمين.

(فصل)

ومفاداة الأسير من الكفار بالمال لا يجوز إلا عند الحاجة بل تقبل أو تجعل فيئًا.

وعند الشافعي: يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن فيه إعانة وتقوية لأهل الحرب وضرورته حرما علينا بسبب المال وهذا حرام ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلۡحَرۡبُ أَوۡزَارَهَاۚ﴾ [محمد: ٤] أباح المن أو الفداء قلنا هذه الآية نزلت بالمدينة فإنها في سورة محمد وهي آخر سورة نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال فكان ناسخا للمفاداة.

(النوادر): رجل أسره العدو فباعه الذي أسره من رجل آخر من العدو، وقال المشتري للأسير: ارجع إلى دار الإسلام وابعث إلي المال الذي أديته منك فخرج الرجل إلى دار الإسلام لا يجب عليه المال؛ لأنه بالبيع لم يصر ملك الثاني إلا إذا كان المأسور أمره أن يشتريه من الأول ليبعث إليه ثمنه ببيع أن يفي به؛ لأن الوفاء بالشرط والعهد واجب وإن أسره عدو آخر لا يبطل عنه ذلك.

(العيون) لأبي الليث: الأسير إذا أمر رجلا أن يفديه من أهل الحرب بألف ففداه بألفين، فإنه يرجع عليه بألف بخلاف الوكيل بالشراء إن اشترى بألفين لا يرجع بألف والفرق أنه ليس هنا عقد، وإنما أمره أن يخلصه بالفداء فصار كمن أمر رجلا أن ينفق عليه ألفًا فأنفق ألفين ولا كذلك الوكيل، ولو كان الأسير مكاتبا فأمر رجلا بفدائه جاز عند أبي حنيفة، وإن كان الفداء المأمور به أكثر من قيمته فاحشا، وإن كان الأسير عبدا مأذونا لا يجوز على مولاه ويلزمه إذا عتق كما لو جنى ففداه لا يجوز على مولاه ويلزمه إذا عتق فكذا هذا. رجل أمر رجلا أن يشتري له أسيرا في دار الحرب فاشتراه ينظر إن قال له: اشتر لي أو قال: اشتر من مالي يرجع على الآمر،

وإن لم يقل ذلك لا يرجع إلا أن يكون خليطا له؛ لأنه حينئذ يكون الأمر بالشراء له المأسور إذا وكل رجلا أن يفديه فقال الوكيل للرجل اشتره لي أو اشتره بمالي جاز؛ لأنه صار كأن الوكيل هو الذي اشتراه فكان له أن يرجع عليه، ولو قال الوكيل اشتره ولم يقل واحدا من ذلك ففعل صار الوكيل متطوعا ولا يرجع.

(باب حكم المستأمنين)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الحربي المستأمن.

والثاني: في المسلم المستأمن.

(فصل)

أصله: أن كل مال يحتمل النقل من ملك إلى ملك يصير فيئا وإلا فلا؛ لأن الملك بالاستيلاد كالملك بسائر الأسباب المقيدة للملك فكل ما يملك بسائر الأسباب فبالاستيلاء أولى في الأموال المباحة. حربي مستأمن في دارنا أدان وأودع ثم أسر أو ظهر على الدار فقتل تطلب ديونه والودائع فيء إلا العبيد الذين دبرهم في دار الإسلام فهم أحرار.

أما الوديعة فلأنها في يده معنى واعتبارا لقيام يد المودع مقام يده، فإذا صار هو مغنومًا قبل الموت لظهور الغانمين على الدار صار الذي في يده مغنومًا أيضًا تبعًا له.

وأما الديون لا تحتمل إثبات اليد عليها إلا بواسطة الاستيفاء لأنها ليست بمال قائم حقيقة فلا يتصور الاستيلاء عليها واختص من عليه باليد عليه فملكه فسقط عنه.

وأما المدبرون فلأن التدبير صح في دار الإسلام فعتقوا بموته بالأسر؛ لأن بالاسترقاق والأسر صار ميتا حكما، ولهذا لم يبق أهلا للملك فكان الأسر بمنزلة الموت في حق مسبب المالكية والأهلية، ولهذا تعتق أم ولده بأسره كما تعتق بموته، وأما الذين دبرهم في دار الحرب يملكون؛ لأن التدبير لم يصح في دار

الحرب. مات مستأمن في دار الإسلام على مال وورثته في دار الحرب يوقف ماله ليقدم ورثته ويقيموا البينة؛ لأن ماله دخل تحت الأمان والأمان لا ينتقض بموته في حق المال كالذمة فلا يملكونها المسلمون وهو من أهل دار الحرب حكما وورثته من أهل الحرب حكما وورثته من أهل الحرب فلم يوجد تباين الدارين حكما وتباين الدارين حقيقة لا حكما لا يمنع التوارث كما لو مات المسلم في دار الإسلام وله ورثة مسلمون في دار الحرب إلا أنهم لا يصدقون إلا ببينة لأنهم متهمون بالكذب، فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانًا لا قياسًا؛ لأن هذه شهادة قامت على إزالة يد المسلم وهو الإمام فلا يقتل. وجه الاستحسان: أن هذه شهادة قامت على إثبات النسب من كافر لا على استحقاق المال وإزالة يد المسلم عنه؛ لأن يد المسلم تزول بإقراره لأن المال لوارث الحربي لا بشهادة الكافر وشهادة الكافر على إثبات النسب من الكافر مقبولة وصار كما لو مات ذمي وترك دينا على مسلم أو وديعة عنده مقر بها فأقام ذمي بينة على الغريم والمودع أنه وارثه تقبل لهذا فكذا هذا. ولا يقبل كتاب ملكهم فيه؛ لأن قوله لا يقبل؛ لأنه رغبة في حقنا فكيف كتابة عبد تاجر لحربي دخل دارنا بأمان فأسلم بيع وثمنه للحربي؛ لأنه لا يجوز أن يبعث إلى مولاه؛ لأنه مسلم ولا تجوز إزالته عن ملكه بغير عوض؛ لأنه مال معصوم للكافر ولا وجه إلى إمساكه لما فيه إبطال حقه فلم يبق طريق سوى البيع.

(فصل)

ولو دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان فأصاب هناك دورًا ومالا ثم ظهر المسلمون عليهما فكله له إلا العقار، فإنه فيء؛ لأن ما سوى العقار معصوم محترم محرم التعرض بالتملك بالاستيلاء، فأما العقار ثابت في دار الحرب ودار الحرب لا تدخل تحت العصمة المستفادة بالأمان وأولاده لا تصير فيئا لأنهم كانوا مسلمين وما كان وديعة له عند حربي فهو له في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص فيءٌ يُغنم؛ لأن يد الحربي المودع ليست بعاصمة محرزة مانعة من التعرض ورواية أبي سليمان أصح؛ لأن العصمة كانت ثابتة لهذا المال باعتبار عصمة المالك فاعتبار يد الحربي حقيقة إن أوجب زوال العصمة فباعتبار يد المالك معنى واعتبارا؛ لأن يد المودع يد

المودع معنى واعتبارا توجب بقاء العصمة تبعا لعصمة نفسه فوقع الشك في زوال العصمة فلا تزول بالشك.

ومن قاتل من عبيده الكفار المسلمين فهو فيء لأنه استعصى على مولاه بالقتال بغير إذنه فانقطعت يد مولاه عنه أصلا فصار حربيا فيسترق وكذلك أمة حربية حبلى منه فهي والجنين فيء؛ لأنها صارت غاصبة مولاها مستولية نفسها عينه، وإن كان المشركون قتلوا هذا المسلم في دارهم وأخذوا ماله ثم ظهر المسلمون ردوه على ورثته؛ لأن المورث لو كان حيا أخذه بغير شيء قبل القسمة وبعد القسمة يأخذون بالقيمة إلا النقدين وكذلك الوارث، فإن أسلم المشركون على دارهم أو صالحوا لم يوجدوا بدم المقتول ولا مال له.

مسلم دخل دار الحرب بأمان فاشترى صغيرا فأعتقه ثم خرج وتركه فكبر كافرا ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فهو فيء؛ لأنه أعتقه وخلى سبيله متى تركه في دار الحرب فزالت يده عنه بدخوله دارنا فصار حرًا بالإجماع فيكون حرا حربيا كافرا فيملك بالاستيلاء.

قوم من المسلمين مستأمنون في دار الحرب فأغار على أهل تلك الدار قوم آخرون من أهل الحرب لا يحل للمسلمين أن يقاتلوا معهم؛ لأن إعانة الكفار لا تجوز وترك الإعانة لهم فرض عين والجهاد مع الكفار فرض كفاية فكان إقامة ما هو فرض عين أولى من إقامة ما هو فرض كفاية ولأنه لا يجوز للمسلم أن يجعل نفسه تبعا للكفار ويحارب تحت رايتهم؛ لأن فيه استدلالًا بالإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تستعينوا بنار المشركين"[(١)] أي: لا تقاتلوا تحت رايتهم إلا إن خافوا على أنفسهم من أولئك فيقاتلوا دفعًا لهم؛ لأنه يكون دفعًا للهلاك عن أنفسهم لا إعانة لأهل الحرب.

أهل دار الحرب أغاروا على دار المسلمين العدل أو الجوارح فأسروا ذراريهم

---

(١) أخرجه أحمد (٣/٩٩، رقم ١١٩٧٢)، والنسائي (٨/١٧٦، رقم ٥٢٠٩)، والطحاوي (٤/٢٦٣)، وابن جرير في التفسير (٤/٦٢)، والبيهقي (١٠/١٢٧، رقم ٢٠١٩٥)، والضياء (٤/٣٧٩، رقم ١٥٤٦).

الأحرار فمروا بالمستأمنين أولئك المسلمون لا يسعهم أن لا ينقضوا عهدهم ويقاتلوا عن ذراري المسلمين إن أطاقوا؛ لأن المستأمن بعقد الأمان إنما ضمن أن لا يغدرهم ولا يخونهم وما ضمن أن لا ينصر المسلمين ولا يدفع ظلمهم عن المسلمين وهم في أخذ ذراري المسلمين ظالمين فكان فرضا عليهم استنقاذهم في أيديهم إن أطاقوا.

والذمي كالمسلمين في وجوب الدفع عنه؛ لأنه من أهل دارنا في بلد الخوارج. قوم من أهل الحرب فأغار عليهم أهل الحرب يقاتلون مع الخوارج عن بيضة الإسلام؛ لأن الخوارج مسلمون ودفع شر الكفار فرض وبغيهم لا يمنع من الإعانة لهم؛ لأن إسلامهم يوجب الإعانة لهم وبغيهم يمنع فترجح الإسلام لأنه أصل، والله أعلم بالصواب.

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في حكم المستأمن في عساكر المسلمين.

والثاني: في حكم ما أصابه الغنائم.

(فصل)

مستأمنون في عسكر المسلمين فأراد الإمام أن ينبذ إليهم فعليه أن يلحقهم بمأمنهم، فإن قالوا يكون مع ذرارينا ونسائنا الذين أسرتموهم فإنه ينبغي للإمام أن يؤجلهم إلى وقت يتيسر فيه عليهم اللحوق بمأمنهم ولا يرهقهم في الأجل كي لا يؤدي إلى الإضرار بهم ويقول إن لحقتم إلى مأمنكم إلى وقت كذا وإلا فأنتم ذمة نضع عليكم الجزية ولا ندعكم أن ترجعوا إلى مأمنكم بعد ذلك، فإن لم يخرجوا حتى مضت المدة صاروا ذمة؛ لأن مكنهم في تلك المدة دلالة الرضاء منهم بأن يكونوا ذمة فيكون بمنزلة قبول عقد الذمة نصًا بمنزلة المستأمنين في دارنا أطالوا القيام، فإن خاف أمير العسكر منهم أن يقتلوا المسلمين أو يغاروا عليهم ليلا، فإنه يأمرهم أن يلحقوا بمأمنهم ويوقت لهم ذلك وقتا ثم يأمرهم أن يجمعوهم في موضع يتحرسوا لهم في كل ليلة حتى يمضي ذلك الوقت، وكذلك إن حضر العدو جعلهم في موضع وجعل عليهم حراسا؛ لأن الخوف يزداد منهم عند التقاء الصفين ويحتاج

المسلمون إلى أن يأمنوا ليفزعوا للقتال، وإذا استأمن الحربي إلى العسكر ليدلهم على عورات المشركين هلع المسلمون العدو ففقدوه فلما هزموهم وجدوه فيهم فقال أسروني من صف المسلمين، فإنه ينظر في حاله، فإن كانت هيأته كهيئات المأسورين بأن كان مغلولًا أو مربوطًا أو مضروبًا لم يتعرض له وكان على أمانة الأول إلا عند تعذر الوقوف على حقيقة الحال يصار إلى تحكم الظاهر وإلى العلامة والزي المشعر بالأسر ولكنه يستحلف على ذلك إلا بما شاهدنا من دلالة الحال يصير الظاهر شاهدا له ولكن لا تنتفي تهمة الكذب عن كلامه فيكون القول قوله مع يمينه.

وإن لم يكن عليه شيء من علامات الأسر فهو فيء وللإمام أن يقتله؛ لأن الظاهر أنه فارق عسكرنا باختياره والتحق بمنعة أهل الحرب فانتهى به الأمان، فإن أشكل أمره بتعارض العلامات بحكم الموضع الذي وجد فيه وقد وجد في منعة أهل الحرب وفي موضع إباحة الاسترقاق وكونه في منعة أهل الحرب دليل مزيل لأمانه فاعتمدنا على ما هو معلوم للحال فيباح استرقاقه فإنهم ليسوا منا دينا ولا دارا فكانوا تبعا للمسلمين فصار كالعبد يرضخ له ويكون ذلك للمولى ومتى كان لهم منعه لم يصيروا تبعا للمسلمين فتكون الإصابة اكتسابا للمال لا بجهة الجهاد وإعزازًا للدين وإعلاءه فصار كالمتلصص لا خمس له فيما أصابه بخلاف أهل الذمة إذا قاتلوا مع المسلمين ولأنه لهم منعه بغير إذن الإمام يقسم ما أصابوا بينهم على سهام الغنيمة؛ لأن بقتالهم يحصل نوع نصرة للمسلمين وهي نصرة الدار فيستحقون الرضخ، فأما المستأمنون فلا يستحقون بغير إذن الإمام شيئًا لعدم النصرة منهم دينا ودارا، فأما إذا استعان بهم الإمام، فإنه يرضخ لهم شيئًا لأنهم في هذه الحالة بمنزلة أهل الذمة وصار هذا نظير المستأمن. إذا وجد في دار الإسلام معدنا أو ركازا بغير إذن الإمام، فإنه يوجد منه الكل، ولو طلب بإذن الإمام، فإنه يخمس وما بقي فهو له، ولو وجد ذلك الذمي، فإنه يخمس في الحالين والباقي له، ولو أن حربيا أخذ أموال أهل الحرب فاستأمن فأمنوه ثم أسلم وخرج بذلك إلى العسكر، فإنه يكون غنيمة؛ لأن الأخذ قبل الإسلام ليس على وجه كسر شوكة المشركين وقهرهم وإعزاز الدين فصار غنيمة متى صار محرزا بقوة العسكر أهل الحرب إذا خرجوا إلينا بأمان فقتلوا بعضهم بعضا يقبض.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يقبض وهذا أليق وأوفق لقواعدنا وهو أن حقن دمهم وعصمة نفسهم ناقص لقيام دليل المبيح وهو كونه حربيا منبعثًا على حرابنا، وإنما صار سلما لنا لتعارض الأمان فتمكنت فيه شبهة نقصان العصمة، ولهذا لو قتله مسلم أو ذمي لا قصاص عليه لشبهة نقصان العصمة والتقوم والمماثلة في العصمة شرط لوجوب القصاص.

(باب الرجل يسلم في دار الحرب)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الحربي إذا أسلم في دار الحرب.

والثاني: إذا أسلم في دار الإسلام وترك ماله وعياله في دار الحرب.

(فصل)

أسلم حربي في دارهم واستولى المسلمون على تلك الدار ترك له ما في يده من ملكه ورقيقه وولده الصغير ويغنم أولاده الكبار وامرأته الحبلى وما في بطنها ودوره وأراضيه فوديعته عند حربي.

وقال الشافعي: لا يغنم.

والصحيح قولنا؛ لأن ما في يده من المال فقد سبقت يده إليه أيدي المسلمين وكل من سبقت يده إلى المباح فهو أولى به، ولأن يده عاصمة محرزة فصار ما في يده معصومًا محرزًا عن الاستغنام كما صارت نفسه معصومة وولده الصغير مسلمًا بإسلامه تبعًا له فتثبت له العصمة عن الاستغنام وولده الكبير وامرأته لم يصر مسلما بإسلامه تبعا له فبقي كافرًا حربيًا، والكافر الحربي غير معصوم عن الاستغنام والجنين تابع للأم في الرق والحرية؛ لأنه جزء من أجزائها فتبعها في الاسترقاق؛ لأن الاستيلاء يرد على جميع أجزائها.

وأما العقار تابع للدار محفوظ بيد سلطانهم محمية بحمايته فلم يكن له العقار باليد الحافظة الحامية ولا اليد الناقلة المتصرفة فكان العقار تابعا للدار والتابع لا

يفارق أصله، فإذا ملكت بقاع أهل الحرب بالقهر والغلبة فظهر حكم الإسلام فيها فملكت ما هو تابع لها وما ليس في يده إن كان في يد مسلم أو ذمي وديعة فهو له؛ لأن يدهما معصومة كيده، وإن كان في يد حربي يكون فيئا؛ لأن يده غير محترمة واليد للمودع حقيقة فيجوز إبطالها وهذا؛ لأن العصمة لم تكن ثابتة لماله بل كان مباح الأخذ في الأصل وحاجتنا إلى إثبات العصمة والعصمة للمال إنما تثبت تبعا للمالك والتبعية للمالك إنما تثبت بقيام يده عليه ويد المسلم إن كانت ثابتة حقيقة فوقع الشك في ثبوت التبعية والعصمة فلا تثبت بخلاف ما إذا كان للمسلم وديعة عند الحربي فهي له؛ لأن العصمة لماله ثابتة ووقع الشك في زوالها فلا تزول بالشك كما وصفنا وما في يد مسلم أو ذمي غصبا فهو فيء عند أبي حنيفة وعندهما لا يكون فيئا ذكر هذا الخلاف في السير الكبير.

لهما: أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس وقد استفاد بإسلامه في النفس عصمة مؤثمة[1] مانعة من الاسترقاق والتملك بالاستيلاء فكذلك فيما هو تابع لها.

له: إن المال في الأصل خلق مباحا، ولهذا لا يجوز استغنامه قبل الغصب، وإنما تثبت عصمته بالإحراز بدار الإسلام ولم يوجد، فأما الآدمي خُلِقَ في الأصل حُرًّا معصومًا عن التملك لأنهم أولاد آدم وحواء ولكن يبطل ذلك بجناية الكفر، فإذا أزال الكفر عادت الأصلية لما كانت وهي العصمة المؤثمة، فأما العصمة المقوّمة[2] فعارضية فلا تثبت إلا بالإحراز ولم يوجد، وكل عصمة المال عارضية والإباحة فيه أصلية ولم يوجد السبب الموجب للعصمة في المال وهو الإحراز واليد فبقي على الإباحة الأصلية هذا كله إذا ظهر المسلمون على دارهم وصارت دار الإسلام فأما إذا غاروا هذه الأرض ولم يظهروا عليها فكذلك عند محمد رحمه الله، وعند أبي حنيفة يصير كل ماله فيئا إلا نفسه وولده الصغير.

---

(١) العصمة المؤثمة: هي التي تجعل من هتكها آثمًا. انظر: القلعجي معجم لغة الفقهاء ١/٢٨٣.

(٢) العصمة المقومة: هي التي يجب في هتكها القصاص أو الديّة، ومنها قولهم: المسلم معصوم الدم. انظر: القلعجي معجم لغة الفقهاء ١/٢٨٣.

فمحمد سوّى بين الإغارة والظهور والفتح عنوة؛ لأن كلاهما في سبب الملك سواء، وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما، والفرق أن بالظهور والفتح عنوة صارت الدار دار الإسلام وكانت يد المالك على ما في يده ثابتة حقيقة باعتبار منعة المسلمين وقوتهم وشوكتهم ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز إبطالها فأما بالإغارة لم تصر دار الإسلام فلم تكن يده ثابتة على المنقولات معنى واعتبارًا؛ لأن يد أهل الحرب ثابتة عليها يدا حافظة دافعة باعتبار اشتمال يدهم على الدار باعتبار المنعة والشوكة، ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار الحرب والعصمة إنما تثبت باعتبار اليد حقيقة والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك والإباحة كانت ثابتة فبقيت، وكذلك لو أسلم في دار الحرب وخرج إلينا ثم ظهر المسلمون على داره على التفصيل الذي ذكرنا؛ لأن داره صارت دار إسلام؛ لأن يد أهل الحرب قد انقطعت عنها فكان بمنزلة ما لو أسلم ولم يخرج إلينا. أسلم أهل الحرب على مال أخذه الكفار من المسلمين فهو لهم لأنهم ملكوه بالاستيلاء ولقوله عليه السلام: "مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَالٍ فَهُوَ لَهُ"(١)، ولأن الأخذ منهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الإسلام لأنهم إنما أسلموا ليسلم لهم ما في أيديهم وفي عدم الأخذ منهم ترغيب وتحريض لهم على الإسلام، والتنفير حرام والترغيب واجب(٢).

وكذلك خرج حربي مستأمن بمتاعه ليس لصاحبه عليه سبيل؛ لأن دخوله دار

---

(١) أخرجه ابن عدي والبيهقي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا بلفظ: "من أسلم على شيء فهو له". وفي إسناده ياسين بن معاذ الزيات. قال البيهقي: ياسين بن معاذ الزيات كوفي ضعيف جرحه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما من الحفاظ. وأخرجه سعيد بن منصور من حديث عروة بن الزبير رضي الله عنهما، قال محمد بن عبد الهادي في تنقيح التحقيق: هذا الحديث مرسل لكنه صحيح الإسناد، وروي الحديث كذلك عن ابن أبي مليكة مرسلا. قال الألباني: والحديث عندي حسن بمجموع طرقه (السنن الكبرى للبيهقي ١١٣/٩ ط. دائرة المعارف العثمانية بالهند، وكتاب السنن لسعيد بن منصور القسم الأول من المجلد الثالث ص٥٤، ٥٥ ط. علمي بريس ماليكاون، وفيض القدير ٦٢/٦ نشر المكتبة التجارية، وإرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني ١٥٦/٦، ١٥٧ نشر المكتب الإسلامي).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٣/٣ ط. ١٢٧٢هـ، وحاشية الدسوقي ١٨٧/٢.

الإسلام بأمان كان كإسلامه في حق إفادة العصمة وترك التعريض كما لو صاروا ذمة؛ لأن الذمة حلف عن الإسلام في أحكام الدنيا.

(فصل)

ولو خرج إلى دار الإسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فأهله وماله أجمع فيء؛ لأن المال ليس بمحرز ومعصوم بيده؛ لأن عصمة المال إنما تثبت تبعا لعصمة المالك والتبعية إنما تثبت بقيام يد المالك عليه حقيقة وحكما وهنا أن تثبت يده حكما بعد الإسلام لصيرورة داره دار الإسلام ولم تثبت حقيقة والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك وولده الصغير لا يصير مسلما بإسلامه بالتباين الدارين حالة الإسلام؛ لأنه حين أسلم كانت داره دار الحرب وتباين الدارين يمنع التبعية فلم تثبت له العصمة.

(باب الحربي يدخل دارنا بغير أمان)

(السير الصغير): حربي دخل دارنا بغير أمان فهو فيء لجماعة المسلمين أخذ قبل الإسلام أو بعده عند أبي حنيفة، وعندهما من أخذه فهو عبده، وإن أسلم قبل أن يأخذه أحد فهو حر.

لهما: أنه حر في يد نفسه حقيقة؛ لأن الحرية كانت ثابتة وإنما تزول بعارض الإسلام ولم يوجد وأنه في يد نفسه يدا متصرفة وحافظة لأن لكل آدمي يدًا على نفسه يدًا متصرفة ويدا حافظة باعتبار عقله فلا تبطل هذه اليد بدخوله دار الإسلام؛ لأن يد الدار يد حكمية على ما فيها واليد الحقيقية أقوى من اليد الحكمية فلا يبطل بها وهذا مال مباح وقع في يد الأخذ حقيقة وحكما فيختص الأخذ به.

له: أنه حين دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين اليد الحافظة؛ لأن للمسلمين يدا على الدار يدا حافظة لأنهم مستنقذون بحفظ الدار وما فيها لقيام شوكتهم واليد الحافظة للحربي انتهت بدخوله دار الإسلام فسبقت يدهم يد الأخذ فسبق ثبوت الحق لهم فلا يبطل الحق بأخذ الأخذ، ولهذا لو أسلم الحربي قبل الأخذ يكون فيئا لجماعة المسلمين؛ لأن الإسلام لا يبطل الحق فكذا هذا.

ولو أسلم فقد أسلم بعد ثبوت اليد عليه فيسترق له والصحيح عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا خمس فيه؛ لأنه فيء لجماعة المسلمين أخذوا لا بطريق القهر والغلبة فلا يكون مغنومًا كالجزية.

والصحيح قولنا عن محمد أنه يجب فيه الخمس؛ لأنه مأخوذ على وجه الغنيمة؛ لأنه ملك بالاستيلاء على وجه الغلبة.

ورُوي عنه أنه لا خمس فيه؛ لأنه مأخوذ على أصل الإباحة، وإذا ادعى هذا الحربي أنه دخل بأمان لم يقبل قوله عند أبي حنيفة؛ لأن يدعي امتناع ثبوت الملك بعد وجود سببه وهو بالاستيلاء عليه لعارض وهو الأمان فلا يقبل منه إلا ببينة.

ولو رجع بهذا الحربي إلى دار الحرب خرج من أن يكون فيئا؛ لأن عندهما الملك إنما يثبت باليد الحقيقة ولم يوجد قبل الأخذ وعند السبب لم يوجد؛ لأن اليد الحافظة إن تحققت للمسلمين فاليد الناقلة المتصرفة لم تتحقق لهم، فإذا عاد قبل تمام السبب عاد على ما كان عليه كما لو انفلت وأخذ من السبايا في دار الحرب يعود حرا على ما كان فكذا هذا.

(السير الكبير) ولو قال رجل من المسلمين: أنا أمنته لم يصدق؛ لأنه أخبر بما لا يملك إنشاءه؛ لأنه ثبت فيه حق لجماعة المسلمين وهو استرقاقه وقول الواحد لا يقبل في إبطال الحق الثابت للمسلمين إلا إذا شهد بهذا رجلان مسلمان غير المخبر أنه أمنه فهو آمن؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو قال الذي أخذه: إني أمنته قبل أن آخذه فهو آمن عند محمد؛ لأنه في الظاهر عبد له وقد أقر بحريته فلا تهمة في إقراره ولا يصدق في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الحق فيه ثبت لجماعة المسلمين وهو غير مصدق في إبطال حقهم.

(النوادر): قوم من أهل الحرب خرجوا إلينا وأخذوهم في دار الإسلام فقالوا أسلمنا في دار الحرب كانوا فيئا للمسلمين؛ لأنه لو ثبت ذلك كان فيئا للمسلمين عند أبي حنيفة؛ لأن إسلامه ثبت بعد ثبوت يد المسلمين وملكهم، فإذا لم تثبت كان أولى.
ملك من ملوك أهل الحرب أهدى إلى رجل من المسلمين هدية من أحرازهم ومن

بعض أهله، فإن كان بين المهدى إليه وبينهم قرابة كانوا مماليك له، وإن كان فيهم ذات رحم محرم منه أو أم ولد له لم يكن مملوكًا للمهدى إليه لأن المهدى إليه لا يملكهم بالاستيلاء فكذلك بالهدية. [والله عز وجل أعلم بالصواب][1].

(باب حكم ما في يد المسلم والمستأمن إذا خرج إلينا)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في المسلم إذا خرج إلينا.

وفصل في الحربي إذا استأمن وخرج إلينا.

وفصل في المستأمن من أهل الحصن.

(فصل)

ولو خرج علج من أهل الحرب مع مسلم إلى المعسكر فقال المسلم: آخذ به أسيرًا، وقال الحربي: جئت مستأمنًا، فالقول قول الحربي؛ لأنه جاء مجيء المستأمنين فالظاهر شاهد له؛ لأنه غير مقهور حيث جاء معاهدا؛ لأن الواحد يتنصف من الواحد.

ولو جاءه وهو مكتوف أي مشدود اليد من الخلف أو مغلول أو في عنقه حبل يقوده فالقول قول المسلم؛ لأن دلالة الحال تشهد له وفي مثل هذا يحكم دلالة الحال.

ولو كان هذا الحربي مع عدد من المسلمين وهو مخلي عنه فقالوا هو أسيرنا وقال الحربي جئت مستأمنا فالقول قول المسلمين لأنه مقهور بجماعتهم لا يقدر على الانتصاف والتخلص منهم لو أراد ذلك وهو بمنزلة المربوط والمغلول، ألا ترى أنهم لو كانوا مائة رجل قد أجدفوا عليه حتى صار لا يقدر على التخليص منهم، فإنه يستبق إلى كل أحد أنه أسير لا مستأمن فيكون فيئا لجميع العسكر.

مسلم في دار الحرب أو كان مستأمنا فيهم أو كان أسلم منهم فالتحق بجيش

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

المسلمين ومعه حربية فقالت جئت مستأمنة إليهم، وقال المسلم: جئت بها قهرا ينظر إن كانت مخلاة غير مربوطة تمشي معه حتى إذا انتهت إلى أول مشايخ المسلمين فهي آمنة؛ لأن الظاهر شاهد لها لأنها جاءت مجيء المستأمنين.

ولو جاءت وحدها بهذه الصفة كانت آمنة فكيف إذا صحبها مسلم في الطريق؛ لأن بمجرد هذه الصحبة لا تثبت للمسلم اليد عليها فهي في يد نفسها.

وإن كانت مقهورة مربوطة فهي فيء؛ لأن الظاهر أن المسلم هو الذي أسرها وأخرجها إلا أنه حين أحرزها بمنعة الجيش فالجيش شركاؤه فيها؛ لأن الإحراز بالدار حصل منهم جميعًا وكذلك إن أخرجها إلى دار الإسلام إلا في خصلة وهو أنه يختص بها هنا إذا جاءها قاهرا لها؛ لأنه تفرد بإحرازها بدار الإسلام ولا خمس فيها؛ لأنه ما أصابها بجهة الجهاد بل هو بمنزلة ما لو أخذه المتلصص وأحرزوه.

وإن قالت المرأة: تزوجته وخرجت معه، وقال هو: كذبت بل هي أمة اشتريتها وأخرجتها، أو اشتريتها أو وهبت لي لم يصدق الرجل إذا كانت مخلاة لأنها في يد نفسها فإقرارها بأنه زوجها أو اشتريتها أو وهبت لي لم يصدق الرجل إذا كانت مخلاة لأنها في يد نفسها فإقرارها بأنه زوجها لا يسقط حكم يدها فكانت مستأمنة، وإن كانت مقهورة فالقول قوله؛ لأن باعتبار القهر والغلبة يسقط حكم يدها على نفسها.

وكذلك إذا جامعها معه برقيق وقالوا: نحن أحرار، وقال هو: بل هم عبيدي وهم مخلاة غير مقهورين فالقول قولهم إلا إذا أقام عليهم بينة عادلة مسلمة كانت أو ذمية أو مستأمنة أنه كان أسرهم قبلت البينة؛ لأن شهادة هؤلاء على المستأمنين مقبولة.

ولو صدقوه بذلك وهم عبيده وإن خرج بهم إلينا لأنهم تصادقوا على ذلك قبل أن يثبت الحق فيهم للمسلمين والضرورة داعية إلى اعتبار تصادقهم؛ لأن المسلم في دار الحرب لا يمكنه أن يستصحب شاهدين مع نفسه يشهدون أنهم له فلا بد من بناء الحكم على تصادقهم وإن كذبوه كان فيئا لما عرف.

(فصل)

[ولو][(١)] استأمن الحربي إلى أهل الإسلام فأمنوه فخرج معه امرأة وأطفال فقال هذه امرأتي وهؤلاء أولادي ولم يذكر الأمان فهم فيء قياسًا؛ لأنه طلب الأمان لنفسه خاصة وحكم الأمان لا يتعدى إلى من كان منفصلا عنه وهم آمنون استحسانًا لأنهم أتباع له من حيث إنه يعولهم وينفق عليهم والتبع لا يفارق الأصل في حكمه، فالعرف مؤيد وشاهد لذلك؛ لأن الحربي إنما يستأمن إلينا فرارًا من أهل الحرب ورغبة في الإقامة في دارنا ليتجر معنا، وإنما يتم هذا المقصود إذا خرج بزوجته وأولاده الصغار ليتمكن من الإقامة في دارنا، ألا ترى أن الذمي في دارنا يؤدي الجزية ولا جزية على أتباعه من النساء وأولاده الصغار.

وكذلك لو جاء معه بسبي كثير فقال: هؤلاء رقيقي وصدقوه أو كانوا صغارا لا يعبرون عن أنفسهم أو كان معه دواب عليها متاع ومعها قوم يسوقونها فقال هؤلاء غلماني وصدقوه كان مصدقا مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فإنه مستصحب ماله بسبب التجارة أو على قصد الفرار.

ولو جاء وحده لا شيء معه هكذا جوعا في دارنا، وإنما طلب الأمان لنفسه حتى يتمكن من الفرار في دارنا أمانا فدخل ماله في ذلك تبعا إلا أنه يستحلف لتنتفي تهمة الكذب ومن كذبه في الرقاب كان فيئا وجميع ما معه؛ لأن الرق لم يثبت في حقه إذا كذبه وكان هذا حرا حربيا في دارنا بغير أمان فيكون فيئا، وإن قال ليست الدواب دوابي ولا الذين يسوقونها غلماني ولكن المتاع متاعي واستأجرتهم لحمل ذلك معي فصدقوه فهم آمنون مدة دوابهم استحسانًا؛ لأن المستأمن لا يمكنه نقل الأمتعة إلى دارنا على ظهره ليتجر فيها ولكن من عادة التجار الكراء في مثل هذا وثبوت الأمان لهم من جملة حوائجهم ومما تم به مقصوده فيتعدى حكم الأمان إليهم كما يتعدى إلى زوجه وأولاه الصغار ويصير كأنه استأمن لهم، وإن كان معه صغار يعبرون عن أنفسهم فقال هم أولادي وصدقوه فهم آمنون لأنهم أتباعه ما لم

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وإذا.

يبلغوا ألا ترى أنهم يتبعونه في الإسلام والذمة وإن كذبوه فهم فيء للمسلمين؛ لأن نسبهم لا يثبت منه عند تكذيبهم وقد ذكروا أنهم صاروا فيئا؛ لأن صاحب اليد لم يدَّع أنهم أرقاؤه فبقوا أحرارًا دخلوا دارنا بغير أمان، وإن كان معه صغار لا يعبرون عن أنفسهم فقال سرقتهم من أهل الحرب أو هم أيتام كانوا في عيالي فأخرجتهم معي فهم آمنون والمسروقون مماليكه؛ لأنه زعم أنه استولى عليهم في دار الحرب بطريق السرقة فثبت له عليهم اليد القاهرة فملكهم ومن في عياله أتباعه بسبب إنفاقه عليهم، وإن خرج بنساء قد بلغن فقال هؤلاء بناتي وصدقته فهن فيء قياسًا؛ لأن التبعية قد انقطعت عنهن بالبلوغ كذكور البالغين وهن آمنات استحسانًا لأنهن على عياله ونفقته ما لم يتحولن إلى بيوت الأزواج والظاهر شاهد لذلك؛ لأن النساء لا يستأمن لأنفسهن عادة ويكن مع آبائهن وأزواجهن بخلاف الذكور من الأولاد؛ لأن الذكور مقاتلة فلا يحصل الأمان لهم إلا بالاستئمان مقصودًا والإناث آمنات عن القتل، وإنما حاجتهن إلى الأمان لدفع الاسترقاق عن أنفسهن ويمكن إثبات ذلك لهن بالإتباع لآبائهن وعلى هذا الأمهات والجدات والأخوات والعمات والخالات من جاءت معه منهن فهي آمنة تابعة له بخلاف الآباء والأجداد ونحوها لا يتبعه في الأمان أحد من المقاتلة إلا عبيده وأخبره استحسانًا لتحقق حاجته إلى استصحابهم مع نفسه إما للتجارة فيهم أو لنقل أمتعة التجارة وكل ما كان آمنا بأمانه متى كذبه فيما ادعى عليه ثم صدقه كان فيئا؛ لأن تكذيبه أولا يثبت حق المسلمين فيه فتصديقه بعد ذلك يتضمن إبطال حقهم فلا يقبل، وإن صدقه ثم كذبه كان فيئا أيضًا لإقراره على نفسه بثبوت حق الاسترقاق فيه وذلك مقبول إلا رفيقه وأولاده الصغار الذين يعبرون عن أنفسهم؛ لأن ملكه في رفيقه وقد تقرر وتأكد بتصديقهم فلا يقبل قولهم في إبطال تملكهم وفي أولاده يثبت نسبهم منه بالتصديق وتأكدت حريتهم باعتبار أمانه فلا يقبل قولهم بالرق على أنفسهم بمنزلة صغير معروف النسب إذا أقر على نفسه بالرق لا يقبل والبنت البالغة إن ثبت نسبها منه بتصديقها ولكن ليس من ضرورة ثبوت نسبها بطلان إقرارها بالرق على نفسها، فإنه يجوز ثبوت الرق مع ثبوت النسب والبالغة يقبل قولها فيما يضرها والصغيرة لا يقبل قولها فيما يضرها فلا يمكن إثبات

الرق بإقرارها بعدما ظهرت حريتها بتصديقها والصغير المجهول النسب في يد الغير إذا أقر أنه عبده إنما كان عبدا له لا بإقراره بل بدعوى ذي اليد لما عرف في الدعوى.

(فصل)

ولو أن المسلمين حاصروا حصنًا فاستأمن رجل منهم على أن ينزل إليهم فأمنوه فخرج ومعه امرأته وولده الصغار ورفيقه وماله فذلك كله في غير نفسه؛ لأن هذا صار مقهورا خائفا على نفسه بإحاطة المسلمين بحصنهم، وإنما يطلب الأمان لينجو بنفسه وفي تحصيل هذا المقصود لا حاجة إلى إتباع شيء من هؤلاء معه بخلاف الفصل المتقدم، فإنه كان آمنا في داره لقيام منعته، وإنما استأمن إلى دارنا ليسكن فيها ويتجر بأمواله ولن يحصل هذا المقصود بحاله إلّا باستصحاب هؤلاء مع نفسه.

ولو خرج المحصور إلينا بسلاح كما يلبس الناس راكبا على دابة ومعه قدر نفقته في حقوقه فذلك له استحسانًا؛ لأنه لا يمكنه أن يخرج عريانا ويحتاج إلى لبس السلاح أيضًا فيري أصحابه أنه يخرج إلى القتال أو يدفع شرهم عن نفسه بعدما خرج وربما لا يمكنه أن يمشي راجلا فيحتاج إلى ركوب دابته ويحتاج إلى نفقته؛ لأنه يعلم أنه لا يعطي شيئًا في عسكر المسلم، فإنه يكفيه منهم أن ينجو رأسا برأس، ولو لم يستصحب نفقته مات جوعا فيصير هذا القدر مستثنى من جملة ما يستصحبه مع نفسه فيسلم له ذلك.

(باب المسلم إذا خرج من دار الحرب ومعه النساء وفي يدهما مال فتخاصما فيه)

(السير الكبير): ولو خرج مسلم من دار الحرب ومعه امرأته حربية فقال أمنتها وأخرجتها على الأمان فهي فيء قياسًا؛ لأن أمانه في دار الحرب باطل لكونه مقهورا في منعة أهل الحرب وكما حصلت في دار الإسلام فقد صارت فيئا مأخوذا بالدار فلا يعمل أمانه في إبطال حق المسلمين وهي حرة مستأمنة استحسانًا؛ لأنه لما خرج

معها مستديما لذلك الأمان مصرا عليه فهو بمنزلة المنشئ للأمان في أول جزء من أجزاء دار الإسلام قبل ثبوت حق المسلمين فيها لأنها ما حصلت في دارنا إلا آمنة فأدنى الدرجات أن يقترن أمان المسلم إياها بسبب ثبوت حق المسلمين فيها وذلك يمنع ثبوت حقهم فيها يوضحه أنها لما وصلا إلى موضع فاصل بين الدارين لا يد لأحد أهل الدارين عليه فقد خرجا من منعة أهل الحرب وصح أمان المسلم فيه إياها وهي لا تصير مأخوذة بدار الإسلام ما لم يصل إلى موضع يأمن فيه المسلمون بخلاف ما لو أمنها ثم خرجت هي وحدها؛ لأنه لم يوجد استدامة الأمان ولا إنشاؤه في ذلك الموضع فكانت فيئًا.

ولو خرج مسلم من دار الحرب ومعه حربي فنادى بالأمان ومعهما مال في أيديهما أو على دابة هما ممسكان لها فقال المسلم هذا عبدي والمال والدابة لي وقال المستأمن كذب بل جئت مستأمنا والمال مالي، فإن كان الحربي مقهورا برباط وغيره فالقول قول المسلم؛ لأنه صار عبدا له حين جاءه مقهورا وليس للعبد يد معارضة ليد مولاه في المال، وإن لم يكن مقهورا فهو حر مستأمن والمال والدابة بينهما نصفان لاستواء يدهما عليه وإن كانا خرجا إلى معسكرنا في دار الحرب وقد كان المسلم أسيرا فيهم والمال في أيديهما فنصفه للمستأمن باعتبار يده ونصفه فيء لجماعة العسكر؛ لأن هذا النصف في يد الأسير وقد أحرزوه بمنعة عسكر المسلمين فيكون غنيمة.

ولو ادعى المسلم الهبة أو الغصب من أهل الحرب لا يصدق؛ لأنه يريد إبطال حق الجيش في المشاركة معه فلا يصدق إلا ببينة، وإن كان المال في يد المستأمن خاصة فشهد المسلمون أنه كان للأسير يصدق عليه وأودعه هذا المستأمن في منعة أهل الإسلام رد المال عليه، وإن شهدوا أنه أودعه في منعة أهل الحرب لم يرد عليه؛ لأن الإيداع متى كان في دار الحرب لم يلزمه شيء؛ لأن المستأمن لم يلتزم أحكامنا، وإنما أراد الأمان ليتجر فيما بيننا ثم يرجع إلى داره فلا يسمع القاضي خصومته عليه فما كان في دار الحرب ألا ترى أنَّ مسلمًا ومستأمنا دخلا دار الإسلام فادعى أحدهما على صاحبه دينا أو وديعة والمعاملة كانت في دار الحرب لم تسمع الخصومة لما يأتي في بابه.

ولو خرج المسلم والمستأمن وفي أيديهما بغلة وعليها مال يقول كل واحد منهما هو مالي وفي يدي فقامت لأحدهما بينة مسلمة قضى القاضي له به؛ لأن يقر دعواه بالحجة وتبين بهذه المسألة خطأ ما قاله بعض مشايخنا فيما لو قال كل واحد من المتداعيين هذا ملكي وفي يدي لا يسمع القاضي هذه الخصومة وقد نص محمد هنا على قبول البينة من أحدهما؛ لأنه محتاج إليه لدفع منازعة الآخر والبينة لهذا المقصود مقبولة.

(باب المعاقدة والمعاملة مع أهل الحرب)

(السير الصغير): دخل دارهم بأمان فقتل أحد منهم أو استهلك مالًا أو غصب متاعًا لا يلزمه غرم ويصير ملكًا له؛ لأن الإتلاف والغصب صادف مالا مباحا؛ لأنه ما أمنهم بل استأمنهم فبقي حربا لنا ولم تصر أموالهم معصومة عن الاستغنام من غير أمان فبقي مباحا فصار ملكا له إلا أنه يكره للمسلم ذلك؛ لأنه بالإتلاف والغصب صار ناقضًا عهدهم والوفاء بالعهد واجب فيجب عليه التوبة وهي لا تحصل إلا بالرد عليهم في الغصب فأشبه المشتري شراء فاسدا[(١)].

ولو أدان حربيا أو أدانه حربي ثم خرجا إلينا مستأمنين بطلب المداينة؛ لأن مداينة أهل الحرب ومعاملاتهم هدر في حقنا إذ لا ولاية لنا عليهم لأنها دار بهبة وكل من استولى على شيء ثم أسلم أو صار ذمة كان سالما له فلم يجب القضاء بذلك إلا إذا أسلما أو صارا ذمة ثم اختصما يجب القضاء به لقيام الولاية عليهما وكذلك إن قتلوه؛ لأنه حربي قتل مسلمًا غدر المسلم بهم وأخذ مالهم وعاد إلى دار الإسلام كره للمسلمين شراؤه منه وملكه؛ لأنه اكتسب بسبب محظور على ما قال صلى الله عليه وسلم: "**لا تغلوا ولا تغدروا**"[(٢)].

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢٢٤/٣، وجواهر الإكليل ٢٥٤/١، ٢٥٥، وحاشية الدسوقي ١٧٩/٢، والمغني ٤٩٤/٨.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٧٥٠٥) قال: حدثنا أحمد بن عيسى التستري، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: حدثني ابن لهيعة، عن عبد ربه بن سعيد، عن سلمة بن كهيل، عن شقيق بن سلمة، فذكره.

ورُوي عن المغيرة بن شعبة: أنه صحب قومًا من أهل الحرب في الجاهلية فقتلهم وأخذ أموالهم وجاء بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام: "**أما إسلامك فمقبول، وأما المال مال غدر وجناية، فلا حاجة لنا فيه**"(١).

فرق بين هذا وبين المشتري شراء فاسدًا إذا باع بيعًا جائزًا لا يكره للمشتري الثاني، والفرق أن الكراهة في الشراء الفاسد ثابتة لحق الله تعالى بإدخاله الشرط الفاسد في البيع لا لحق البائع؛ لأنه راضٍ به والبيع الثاني خلا عن الشرط الفاسد في البيع فلم تثبت الكراهية لحق الله تعالى ولا لحق البائع؛ لأنه سلطه على البيع لما ملكه منه فكان راضيا ببيعه فأما هنا الكراهة تثبت لحق المالك باعتبار الغلول والغدر عليه وحق المالك لا يبطل بتداول الأيدي فبقيت الكراهة وإن كانت جارية كره وطؤها لما عرف من الحظر في السبب.

(الفتاوى) هشام عن أبي يوسف: حربي دخل دارنا بأمان فباع غلاما من حربي في دار الإسلام ودفع إليه ولم يقبض منه الثمن واشترى أيضًا من بائعه الحربي غلاما ولم يقبضه ولم يعطه الثمن ثم دخل الحربي دار الحرب ثم سبى ذلك الحربي قال الغلام الذي باعه والبيع فيه منتقض والغلام الذي اشتراه منه فهو للذي في يديه. مسلم دخل دار الحرب بأمان فاشترى من أحدهم أمه أو بنته تطوع اختلف المشايخ فيه قال أكثر المشايخ البيع باطل مطلقًا.

وقال الكرخي: إن كانوا يدينون جواز البيع فالبيع جائز وإلا فلا لأنهم متى كانوا يرون البيع فقد كانوا يبيعون بطريق القهر والغلبة ممكن بالقهر قبل البيع والمختار أنه لا يجوز في الوجهين لأنه وإن ملك بالقهر والغلبة ولكنه صار حرا عليه لما ملكه بالقرابة بالإجماع، فإذا باع فقد باع ما لا يملكه، فإذا بطل البيع فمتى أخرجه إلى دار الإسلام قال بعضهم يملكه الآن؛ لأنه إن كان البيع باطلا، فإذا ذهب به المشتري

---

(١) أخرجه البخاري ١١/٣ (١٨١١) قال: حدثنا محمود، قال: حدثنا عبد الرزاق. و«أبو داود» (٢٧٦٥ و٤٦٥٥) قال: حدثنا محمد بن عبيد، أن محمد بن ثور حدثهم. و«النسائي» ١٦٩/٥، وفي «الكبرى» (٣٧٣٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا محمد بن ثور.

كلاهما: (عبد الرزاق بن همام، ومحمد بن ثور) عن معمر بن راشد، عن الزهري، عن عروة بن الزبير، عن المسور بن مخرمة.

فذلك قهر منه فملكه بالقهر وقال أكثرهم: يكون حرا؛ لأن البائع لا يملك التصرف فيه بيعا ووطئًا فلا يملك المشتري مطلقا؛ لأن المشتري أخذه بالقهر لما باع البائع قهرا فملكه بالقهر، وإن كان البائع لا يرى جوازه فهو على التفصيل إن اشتراه وذهب به كرها ملكه؛ لأنه ابتدأ قهر على الحربي في دار الحرب فملكه، وإن ذهب وهو طائع لم يملكه؛ لأنه لم يوجد منه القهر في دار الحرب. الحربي إذا دخل دارنا بأمان مع الولد فباع الولد لا يجوز؛ لأن الولد دخل تحت الأمان وفي إجازة البيع نقض الأمان. مسلم دخل دار الحرب بأمان فجاء رجل من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته قد قهرها ببيعها من المسلم المستأمن لا يشتريها منه؛ لأن الحربي إن ملكها بالقهر فقد صارت حرة، فإذا باع فقد باع الحرة، فإن قهر حربي بعض أحرارهم ثم جاء بهم إلى المسلم المستأمن فباعهم منه ينظر إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه فقد ملكه جاز الشراء؛ لأنه باع المملوك، وإن لم يملكه لا يجوز؛ لأنه باع الحرة.

(فصل)

الأسير إذا أراد أن يتزوج منهم وكانوا من أهل الكتاب إن لم يخش العنت يكره وإن خشي العنت لا يكره؛ لأن ما يخاف هنا أعظم مما ورد النهي لأجله، وإن أسروا أمة لمسلم يكره له أن يتزوجها؛ لأن ولده يصير عبدا لهم، فإن كانت مدبرة لمسلم فكتب إلى مولاها فأذن له جاز؛ لأن ما ورد النهي لأجله معدوم، وإن دخل مولاها بأمان جاز له أن يطأها لأنها مدبرته إن لم يكن وطأها الحربي لأنها ملكه. أسير خرج من دار الحرب إلى دار الإسلام فقالت له امرأته: إنك ارتديت في دار الحرب، فإن أنكر الزوج فالقول قوله وإن أقر وقال: تكلمت مكرها فالقول قولها؛ لأنه أقر بالردة وادعى الكره والمرأة تنكر، فإن صدقته المرأة بذلك فالقاضي لا يصدقهما؛ لأن تصادقهما في الفرج لا يجوز، وهكذا لو قال لامرأته: أنت طالق، وقال: عنيت به طلاقا من وثاق وصدقته المرأة فالقاضي لا يصدقهما.

(باب ما يصدق فيه المستأمن من أهل الحرب وما لا يصدق)

(السير الكبير): وإذا قال أهل حصن أو مطمورة لعسكر المسلمين آمنونا على أهلينا ومتاعنا على أن أفتحها لكم ففعلوا وفتحوها لهم فقالوا: هؤلاء أهلونا لفرق مسبية لا يصدق قياسًا إلا ببينة؛ لأن حق المسلمين قد ثبت في جميع ما في الحصن لظهور سببه وهو الاستيلاء فهم يدعون المانع بعدما ظهر الاستحقاق بسببه فلا يصدق، وفي الاستحسان إن صدقهم المسبيون أنهم أهاليهم وآمنون معهم يصدقون وإن كذبوهم لا يصدقون؛ لأن بتصادقهم ثبت الأمان فيما بينهم لا بألا نقف على حقيقة ما كان بينهم ولا يجوز في الحصن عدو لأمن المسلمين يشهدون على ما لهم في المتاع والأهل فينبني الحكم على ما يظهر بتصادقهم؛ لأنه لا يسبق إلى وهم كل واحد منهم أنهم لا يتجاسرون على التصادق على الباطل في مثل هذه الحالة فاعتبرنا تصادقهم احتياطًا لا من الأمان؛ لأنه منهي عن الاحتياط لما فيه من حرمة الاسترقاق وعند تكذيبهم لم يثبت السبب المبني عليه الأمان ومجرد خبرهم أنهم أهلونا لا يصح حجة لأنهم عارضون بالتكذيب، وإن كذبوه هؤلاء ادعى على غيره أنهم أهلونا لم يصدق؛ لأنه مناقض في ذلك والمناقض لا كلام له، وإن قال رجلان من السبي كل واحد منهما هذا من أهلي، فإن صدق المدعى أحدهما فهو من أهله، وإن كذبهما جميعًا كان فيئا، وإن ادعى المستأمنين المتاع ينظر إن كان في يد الغانمين سبيل عن ذلك المأخوذ منه من أهل الحصن، فإن صدقهم فهو لهم، وإن كذبهم كان فيئا لا ما عرفنا كون اليد في هذه الأمتعة للذي أخذوا منه ولصاحب اليد قول معتبر فيما في يده كما أن للمرء قول معتبر في نفسه ويده، وإن كانت زائلة في الحال ولكن سبب زوالها الأخذ على وجه الاغتنام كما في النفوس فإنها صارت مأخوذة منهم بالاغتنام ومع ذلك اعتبر تصديق المدعى في النفوس باعتبار الأصل فكذلك يعتبر تصديق من كان في يده؛ لأنه أعرف بما كان في يده من غيره، وإن كان المتاع في أيدي المستأمنين فقالوا: هذا متاعنا فالقول قولهم؛ لأن أصل اليد

لهم وهي شاهدة لهم من حيث الظاهر فيتبين الحكم ما لم يعلم بخلافه ويستحلف لانتفاء التهمة، وإن لم يكن المتاع في يد أحد وقد صار في يد المسلمين لم يصدق المستأمنون في ذلك إلا ببينة؛ لأنه لما لم يعلم يعرف فيه يد لأحد مما قضى وجب المصير فيه إلى اليد الظاهرة في الحال الموجبة للاستحقاق له وهي ثابتة ظاهرة للمسلمين فوجب الاستحقاق لهم ظاهرا فالمدعي بدعواه يبطل حقا ظهر استحقاقه لهم فلا يقبل إلا بحجة، فإن ادعوا ذلك قبل أن يصل المتاع إلى يد المسلمين فالقول لهم مع يمينهم؛ لأن ما كان في المطمورة فيد المستأمنين إليه أقرب من يد المسلمين حين كان في المطمورة فكأنه حين ادعى ذلك، وإن كان ذلك في يده فيد المسلمين جميعًا وهم متعلقون به وهو للمستأمن مع يمينه؛ لأن يده كانت أقرب باعتبار الأصل وقد علمنا أن يد المسلم مستحدثة فيه فلا تعتبر اليد المستحدثة مع بقاء اليد الأصلية القديمة وكذلك قوم من أهل المطمورة يقرون أنه للمستأمن فالقول قولهم باعتبار أن اليد الأصلية كانت لهم فلا تعتبر اليد المستحدثة للمسلمين بتعلقهم به.

ولو ادعى المستأمن المتاع بعد القسمة أو بيع المتاع لم يصدق إلا ببينة؛ لأن سبب الملك قديم لمن وقع في سهمه أو للمشتري والملك لا يستحق بمجرد الظاهر بل بالحجة الكاملة، وإنما الظاهر حجة لدفع الاستحقاق وحاجة المستأمن هنا إلى استحقاق الملك على الملاك فلا بد من بينة.

وإن أقر المسلمون أنهم أخذوه من أيدي المستأمنين لم يصدقوا؛ لأنه لم يبق لهم على المتاع يد ولا ملك إلا إذا أقر من وقع في سهمه أنه له، فإنه يرده على المستأمن؛ لأن إقراره صادف ملك نفسه إلا أنه لا يعوض له شيئًا؛ لأن الاستحقاق كان بإقراره وإقراره ليس بحجة على سائر الغانمين فكان هو في حقه متلفًا نصيب نفسه فلا يستحق التعويض من الغنيمة.

ولو قال المستأمنون جميع ما في المطمورة أهلونا وجميع ما فيها متاعنا ونحن بطارقنا وصدقهم بذلك من فيها فهم مصدقون إذا كانوا معروفين بأنهم رؤوس أهل المطمورة، وإن كان يعلم خلاف ذلك لأنهم يصدقون؛ لأن التصديق هنا باعتبار نوع من الظاهر وسقط اعتبار الظاهر إذا ظهر دليل الكذب.

(فصل)

وإن رجع المدعي عن قوله: هو أهلي، وكذبه المدعى فيه، فالقول قول المدعي؛ لأنه استفاد الأمان بادعائه الأول فبالرجوع عنه يريد إبطال الأمان الثابت له فلا يصدق فيه إذا لم يكن مناقضًا فكيف إذا كان مناقضا.

ولو رجع المدعى دون المدعي كان المدعي فيئا؛ لأنه أقر على نفسه بالرق للمسلمين وبكونه من أهل المدعي لا يمنع قبول إقراره على نفسه إلا أن يكون المدعي ادعى أنه عبده أو أمته وصدقه المدعى ثم قال: لست بمملوك له لم يصدق وبقي مملوكا له؛ لأن رجوعه عن تصديقه يتضمن إبطال ملك المدعي فلا يقبل قوله ومملوكه من أهله بقوله وينفق عليه فهو فيء؛ لأن المدعي أقر في ملكه بثبوت حق الغانمين وذلك إقرار على نفسه فيقبل إلا أنه ليس للإمام أن يقتله؛ لأنه صار آمنا عن القتل بتصادقهما في الابتداء أنه مملوكه، ولو أبيح قتله إنما يباح بقول المدعي وقوله ليس بحجة على مملوكه في إباحة دمه كما لو أقر عليه بالقصاص حتى لو تصادقا أنه ليس بمملوك له يباح قتله؛ لأن المدعى إنما أقر أنه لم يتناوله الأمان وهو غير متهم فيما يقر على نفسه من إباحة دمه كما لو أقر على نفسه بالقصاص، ولو قال المدعي هو ابني في عيالي وصدقه المدعى، فإنه يحلف المدعى، فإن حلف كان حرا، وإن لم يحلف كان فيئا؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار على نفسه بثبوت حق الغانمين فيه ولكنه لا يقبل؛ لأن الأمن عن القتل ثبت بتصادقهما فلو أبيح قتله إنما يباح بالنكول والنكول لا يصلح حجة لإباحة القتل قال عيسى هذا غلط؛ لأن إباحة القتل هنا باعتبار أصل الإباحة لا باعتبار النكول، فإنه كان مباح الدم وبنكوله ينتفي المانع وهو الأمان فتعود الإباحة الأصلية كما كانت كما لو ادعى القاتل على المولى وجحد الولي وحلف، فإن يستوفي القصاص والصحيح هو المذكور في الكتاب؛ لأن الإباحة الأصلية قد ارتفعت بتصادقهما على أنه من أهل المدعي فلو أبيح قتله إنما أبيح بسبب نكوله وذلك لا يجوز؛ لأن النكول حجة فيها شبهة ولا يستحلف المدعي؛ لأنه لا قول له على ابنه فيما يرجع إلى إثبات الرق أو إباحة القتل والمقصود بالاستحلاف هذا.

(الزيادات) أصله: أن دار الحرب دار إباحة الأموال فيتحقق الاستيلاء فيها سببًا لإفادة الملك ظاهرًا إلا إذا عارض هذا الظاهر ظاهرًا بخلافه ودار الإسلام دار عصمة الأموال والنفوس فلا يتحقق الاستيلاء فيها سببا، لإفادة الملك ظاهرا إلا إذا عارض هذا الظاهر ظاهر آخر بخلافه. بعث الإمام سرية إلى دار الحرب فجاؤوا بأسرى، فقال الأسرى: نحن قوم من أهل الإسلام أو من أهل الذمة لم يأسرونا من أرض الحرب وقالت السرية أسرناهم من أرض الحرب فالقول قول الأسارى؛ لأن الأسارى أنكروا وجود سبب التملك وهو الاستيلاء في دار الحرب والاستيلاء في دار الحرب الإسلام لم يثبت ظاهرا فكان القول لهم، ولو أقامت السرية بينة من التجار أو غيرهم ممن ليس له في الغنيمة نصيب تقبل، وإن كان ممن له نصيب في الغنيمة لا تقبل.

وذكر في السير الكبير: أنه تقبل قبل، إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع المسألة في السير الكبير في الجيش العظيم فتكون الشركة عامة والشركة العامة غير ما بعد قبول الشهادة؛ لأنه لا يصيب كل واحد منهم نصيبا منتفعا، ولهذا لو أعتق واحد عبدًا من المغنم لا ينفذ عتقه فلا يصير شاهدا لنفسه فموضوع المسألة هنا في الشرح والشركة بين أصحاب السرية خاصة فيصيب كل واحد منهم نصيبًا منتفعًا فيصير شاهدا لنفسه.

ولو أقر الأسرى أنهم أسروهم من دار الحرب ولكنا من أهل الإسلام أو الذمة دخلنا تجارا أو لزيارة أقاربنا لم يصدق فكانوا فيئا لأنهم اتفقوا على وجود سبب الملك فيهم للسرية وهو الاستيلاء في دار الحرب ثم ادعوا عارضا مانعا بعد ذلك وهو كونهم من أهل الإسلام أو الذمة فلا يقبل ذلك منهم إلا ببينة مسلمة؛ لأن هذه شهادة تقوم على إبطال ملكهم بعدما ظهر سببه وشهادة الذمي على المسلم لا تقبل إلا أن يكون عليهم سيماء المسلمين فحينئذ لا يتعرض لهم؛ لأن العمل بالسيماء والعلامة والتحكيم به له أصل في الشرع عند اشتباه الأمر وإلا التباين بين الأدلة كما في اللقيط والموتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار تميز بينهم بالسيماء.

وأصله قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ [يوسف: ٢٦] فهذه إشارة إلى تحكم العلامة وسيماء المسلم الختان والخضاب ولبس السواد لما بينا في كتاب التحري وعلامات الكفار ثلاثة فقال محمد: أن يكون غير مختون؛ لأن عامة الكفار لا يفعلون الختان وزنار قد شده فوق قبائه وأبيض الرأس واللحية قد جعل رأسه فضة كما يفعله أهل الذمة يريد به أنه لم يغير شعره سوادًا بالخضاب.

(باب معرفة أرض الحرب وأرض الإسلام وأحكامهما)

(السير الصغير): أرض الحرب تصير دار الإسلام بإجراء الأحكام فيها بالاتفاق، فإذا ظهر المشركون على أرض الإسلام لا تصير دار الحرب عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بثلاثة شرائط بظهور أحكامهم فيها، وأن لا يكون فيها مسلم ولا ذمي أمن بأمان المتقدم، وأن تكون متاخمة بدار الحرب أي متصلة بها وعندهما تصير دار الحرب بظهور أحكام الشرك فيها.

وكذلك لو كانت أرض ذمة فنقض أهلها الذمة أو أرض المسلمين ارتدوا وأظهروا أحكام الشرك فيها فعلى هذا الاختلاف.

لهما: أن الدار إنما تثبت إلى أهلها لثبوت يدهم القاهرة عليها وقيام ولايتهم الحافظة فيها إذا أجروا أحكام الشرك فيها فقد تثبت ولايتهم فاشتملت واحتوت يدهم عليها وبقاء الواحد والمثنى فيها لا يحل بولايتهم وشوكتهم ولا ينقص شأفتهم ورعايتهم بل يكون ذلك أمارة زيادة قوتهم وسلطتهم عليها حيث لم يتعرضوا لهم بعلة موالاتهم وحق معاداتهم.

لأبي حنيفة: أن الأرض عرفت بكونها دار الإسلام فبقيت دار الإسلام متى بقي أثر من آثار الإسلام؛ لأن الأمان والعصمة للواحد ثبت بدار الإسلام وهو قائم، وهذا الأمر يدل على أنها دار الإسلام وظهور غلبة الكفار واحتواء أيديهم عليها يدل على أنها دار الحرب فتبقى دار الإسلام عند التعارض لقوله عليه السلام: "الْإِسْلَامُ

يَعْلُو وَلَا يُعْلَى"[١] وهذا كالولد إذا حكم بإسلامه تبعا لأبويه ثم ارتدا الأبوان ولحقا بدار الحرب يبقى الولد مسلمًا لبقاء أثر الإسلام وهو الدار فكذا هذا.

وأما إذا لم تكن الأرض متصلة بدار الحرب فهم مغلوبون بأهل الإسلام يزعجون عنها ساعة فساعة، وإذا كانت متاخمة بدار الحرب أو دار الحرب محيطة بها تكون مغلوبة بأهل الحرب وحقيقة الغلبة نصها دار الإسلام أو دار الحرب بخلاف ما إذا غلب المسلمون على أرضهم تصير دار الإسلام، وإن بقي واحد من أهل الشرك فيها؛ لأن بقاء أثر الشرك لا يكفي لبقاء حكم دار الحرب؛ لأن حكم الإسلام أقوى فيترجح الأقوى على الأوهى كالمسبي من دار الحرب يجعل مسلما تبعا للدار، وإن بقي أثر له في دار الحرب فكذا هذا. قوم ارتدوا وغلبوا على مدينة في أرض الحرب ومعهم نساؤهم وذراريهم وليس في المدينة مسلم فظهر المسلمون، يقتل الرجال ومن أسلم منهم فهو حر والنساء والذراري والمال فيء؛ لأن الدار صارت دار الحرب والسبي ورد على المرتدات وذراريهم في دار الحرب فصاروا فيئا لنا. ارتدوا أهل مدينة ونساؤهم معهم وغلبوا عليها غير أنَّ فيها قوما من المسلمين آمنين وظهر المسلمون عليهم لا تصير نساؤهم وذراريهم فيئا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم تصر الدار دار الحرب عنده خلافًا لهما. منع المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم أصابوا من أموال الكفار والمسلمين يملكونه حتى لو أسلموا غلبة كان لهم لأنهم لما منعوا دارهم وغلبوا عليها صارت دارهم دار الحرب والتحقوا بسائر أهل الحرب وهم يملكون الأموال بالاستيلاء فكذا هؤلاء، فإذا ملكوها لم يوجد منهم بعد الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلم على مال فهو له"، والله عز وجل أعلم.

---

(١) أخرجه الروياني (٣٧/٢، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٢٥٢/٣)، والبيهقي (٢٠٥/٦، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٢٤٠/٨، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١١٦/١، رقم ٣٩٥). قال المناوي (١٧٩/٣): قال الحافظ: سنده ضعيف.

(القسم الخامس في أحكام المرتدين والخوارج والبغاة)

(باب [في حكم][1] المرتدين)

(السير الصغير): المرتد يعرض عليه الإسلام، فإن أسلم وإلا قتل مكانه لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ"[2]، ولم يأمر بالإمهال، ولأنه كافر شرير يتعدى ضرره إلى المسلمين بفوات حياتهم فيباح قتله من غير تأجيل كسائر أهل الحرب إلا أن يطلب أن يؤجل فيؤجل ثلاثة أيام؛ لأن رجاء العود إلى الإسلام

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٥/٩ (٦٩٢٢) قال: حدثنا أبو النعمان، محمد بن الفضل، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«ابن ماجه» (٢٥٣٥) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٣٥١) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن حنبل، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (١٤٥٨) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«النسائي» ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى، قال: حدثنا عبد الوارث. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو هشام، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أنبأنا ابن جريج، قال: أنبأنا إسماعيل، عن معمر. و«أبو يعلى» (٢٥٣٢) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، وحماد بن زيد. و«ابن حبان» (٤٤٧٦) قال: أخبرنا المفضل بن محمد بن إبراهيم الجندي، بمكة، قال: حدثنا علي بن زياد اللحجي، قال: حدثنا أبو قرة، عن ابن جريج، قال: أخبرني إسماعيل ابن علية، عن معمر. وفي (٥٦٠٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا حماد بن زيد.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وحماد بن زيد، ووهيب بن خالد، وعبد الوهاب الثقفي، وعبد الوارث بن سعيد) عن أيوب السختياني، عن عكرمة، فذكره.

قائم؛ لأنه ربما عرضت له شبهة فينظر في أمره فبزول تلك الشبهة فيمهل، وإذا لم يستمهل فهو متغيب، وإنما قدر الأجل بثلاثة أيام لأنها أقل مدة لإيلاء العذر؛ لأن الله تعالى أمهل قوم صالح ثلاثة أيام بعدما حق عليهم العذاب قال الله تعالى: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] والمرتدة لا تقتل وتحبس خلافًا للشافعي وكذلك كل من لا يباح قتله بالكفر الأصلي لا يباح بالردة خلافًا له.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "لا تقتلوا النساء"[1] ولم يفصل فلأن العلة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٢) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ١٤٤/٥ (٤٥٧٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وسعيد بن منصور، وعمرو الناقد، جميعا عن ابن عيينة. قال يحيى: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي (٤٥٧١) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٥٧٢) قال: وحدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: أخبرني عمرو بن دينار. و«ابن ماجه» (٢٨٣٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٦٧٢) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٥٧٠) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«عبد الله بن أحمد» ٧١/٤ (١٦٧٧٥) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، وهو المقدمي، قال: حدثنا محمد بن ثابت العبدي، قال: حدثنا عمرو بن دينار. وفي (١٦٧٧٩) قال: حدثني أبو خيثمة، زهير بن حرب، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧٢/٤ (١٦٧٨٩) قال: حدثني أبو حميد، قال: حدثنا عبد الوهاب بن نجدة، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، قال: حدثني جعفر بن الحارث، عن محمد بن إسحاق. وفي (١٦٧٩٠) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور الكوسج، من أهل مرو، في سنة ثمان وعشرين ومئتين، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي (١٦٧٩١) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٧٣/٤ (١٦٧٩٧) قال: حدثنا الحكم بن موسى، قال: حدثنا مسلم بن خالد. وفي (١٦٨٠١) قال: حدثنا إسحاق بن منصور الكوسج، قال: أخبرنا ابن شميل، يعني النضر، قال: أخبرنا محمد، هو ابن عمرو. وفي (١٦٨٠٢) قال: حدثنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عبد الله بن الزبير، يعني الحميدي، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٦٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن الزهري البصري، قال: حدثنا سفيان (ح) والحارث بن مسكين، قراءة عليه، واللفظ له، عن سفيان. وفي (٨٥٦٩) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد المصيصي، وإبراهيم بن الحسن المصيصي، واللفظ له، قال: حدثنا حجاج، قال ابن جريج: أخبرني عمرو بن دينار. وفي (٨٥٧٠) قال: =

المبيحة للقتال هي الحراب دون نفس الكفر لما بينا في صدر الكتاب وكفرها لا يفضي إلى الحراب؛ لأن بنيتها غير صالحة للحراب لضعف بنيتها وقصور رأيها وعدم هدايتها إلى أمر الحراب فكفرها لا يتعدى ضرره إلى الحي المعصوم بفوات حياته فلا يبيح قتلها لكفر الكافرة الأصلية وتحبس ثم يخرجها في كل أيام فيعرض عليها الإسلام، فإن أبت ضربها هكذا يفعل أبدًا؛ لأن التحميل على الإسلام والحث عليه أوجب بطريق الشرع وهو الحبس والتعزير أيضًا واجب عقوبة على جنايتها زاجرة لها عن الإصرار عليها والعبد المملوك على الردة؛ لأنه كافر على محارب لا أمان له بخلاف الأصلي؛ لأنه أمن بأمان المولى والمملوكة المرتدة تحبس، فإن كان أهلها محتاجين إلى خدمتها دفعها إليهم وأمرهم أن يجبروها على الإسلام وأرسل إليه القاضي كل أيام يحددها ويضربها أسواطا؛ لأن المنافع حق المولى فلا يسقط حقه بكفرها وقد أمكن الجمع بين توفير حق المولى والإجبار على الإسلام فيفعل عاد المرتد مرارا إلى دينه تقبل توبته لقوله تعالى: ﴿إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله**" الحديث.

(فصل)

(الفتاوى): الساحر هل يقتل أو تقبل توبته، ينظر إن اعتقد أنه خالق لما يفعل

=

أخبرنا محمد بن العلاء، قال: أخبرنا ابن إدريس، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (١٣٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٣٧) قال: أخبرنا جعفر بن سنان القطان، بواسط، قال: حدثنا العباس بن محمد بن حاتم، قال: حدثنا محمد بن عبيد، قال: حدثنا محمد بن عمرو. وفي (٤٧٨٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٧٨٧) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا أبو عمار، قال: حدثنا الفضل بن موسى، عن محمد بن عمرو.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعمرو بن دينار، ومحمد بن إسحاق، ومسلم بن خالد، ومحمد بن عمرو، ومالك) عن ابن شهاب الزهري.

فمتى تاب عن ذلك ويقول: الله خالق كل شيء، وتبرأ عما اعتقد تُقبل توبته ولا يقتل؛ لأنه كافر أسلم، وإن لم يتب يقتل لأنه مرتد.

وقال أبو حنيفة في (المجرد): أنه يقتل ولا يستتاب، ولا يقبل قوله: إني أترك السحر وأتوب منه، إذا شهد الشهود أنه الآن ساحرا وأقر بذلك.

وكذلك رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرأة وزوجها بتلك اللعبة كان هذا سحرًا فيحكم بارتداده ويقتل إذا كان يعتقد ذلك له أثر وهو الفاعل والخالق له وساحر بالتجربة والامتحان غير معتقد له وهذا ليس بكفر فلا يقتل وساحر يسحر وهو جاحد لا يدري كيف يفعل ولا يقر به فهذا لا يستتاب والاستتابة أحوط ويقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه والساحرة تقتل إذا كانت تعتقد أنها هي الخالقة لذلك لتصير مرتدة وإن كانت المرتدة لا تقتل؛ لأنه جاء فيها الأثر وهو ما رُوي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أن اقتلوا الساحر والساحرة.

وذكر في (المنتقى): أن المرأة الساحرة لا تقتل ولكنها تضرب وتحبس كالمرتدة والأول أصح؛ لأن ضرر كفرها وهو سحرها يتعدى إلى الحي المعصوم بفوات حياته فتقتل كالرجل وهذه المسائل تدل على أن السحر متحقق وله أثر حقيقة في الجملة وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه وعامة العلماء خلافًا للمعتزلة دل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُنزِلَ عَلَى ٱلْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَٰرُوتَ وَمَٰرُوتَ ۚ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَآ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ ۖ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ۚ﴾ [البقرة: ١٠٢] وكلمة ما كلمة إثبات وتحقيق بمعنى الذي والتعليم والتعلم والتفريق والتفرق إنما يتصور فيما يتحقق ويتكون لا فيما لا يتحقق ولا يتكون وقوله تعالى: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ﴾ [طه: ٦٦] أي أروه وأبصروه من سحرهم، ولأن السحر منهي عنه وحرام والمنهي والمحرم ما يكون قبيحا والأفعال إنما تأخذ الحسن والقبح باعتبار آثارها لا باعتبار ذواتها حركة لا تتعدى عن الفاعل، وإنما تتعدى أثرها، فإن كان أثر الفعل صار بغيره يوصف الفعل بكونه قبيحا وحراما ومنهيا ومتى كان أثره حسنا يوصف بكونه حسنا فلو لم يكن للسحر أثر حقيقة وإلا لما اتصف بكونه قبيحا حراما منهيا، ولهذا يقتل الساحر إذا اعتقد أنه هو الخالق؛

لأنه صار مرتدا، ولو لم يكن له أثر حقيقة لما تصور هذا الاعتقاد فلا يصير هو مرتدًّا فينبغي أن لا يقتل.

(باب تصرفات المرتد)

(السير الصغير) تصرفات المرتد على أربعة أقسام:

قسم نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاد وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك؛ لأن الطلاق يقع على المعتد والاستيلاد يصح بشبهة الملك وتسليم الشفعة فتوقيفه لا يقيد؛ لأنه إن أسلم بعد التسليم أو مات على الردة بطلت الشفعة والحجر يصح بحق الملك فتحقيقه ملك موقوف أولى.

وقسم باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والإرث؛ لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتد.

وقسم موقوف بالاتفاق كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم.

وقسم مختلف فيه كالبيع والشراء والعتق والتدبير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون فهي موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذت، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت إلا النسب، فإنه يثبت عنده وعندهما هذه التصرفات جائزة إلا أن عند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح وعنده محمد كما يجوز من المريض لا يجوز إلا من الثلاث وهذا بناء على أن عنده أملاكه موقوفة بين أن يصير لورثته من وقت الردة وبين أن يبقى له إذا أسلم والتصرفات المبنية على الملك كذلك وعندهما أملاكه باقية، وإنما تزول بالموت والقتل واللحاق.

لهما: أن النفاذ يعتمد الملك وهو قائم؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والمالكية بحاجته إلى المالك ليصير أخص وأحق بماله فيتمكن من استيفاء مصالحه فيتمكن من الجري على مواجب التكاليف، وإنما يزول ذلك بعارض الاسترقاق والمرتد لا يسترق وانعدم المزيل ودخل المقتضي لبقاء الملك فبقي على ما كان إلا

أن عند أبي يوسف هو بمنزلة الصحيح؛ لأنه متمكن من العود إلى الإسلام باختياره فلم يكن على شرف الهلاك ومحمد ألحقه بالمريض؛ لأنه مشرف على الهلاك؛ لأن الظاهر من حال من انتقل إلى دين أن لا يعود فكان ظاهر حاله التلف ألا ترى أن زوجته ترثه بالفرار إذا مات وهي في العدة، وإنما يثبت الفرار في حق المريض.

لأبي حنيفة: إن اجتمع في حق المرتد ما يوجب زوال ملكه وما يمنع زوال ملكه وذلك؛ لأن المرتد حربي مقهور تحت أيدينا بدليل أنه يجب قتله، وإنما يجب قتله لكونه حربيا وأنه مقهور في أيدينا والقهر على الحربي يوجب جواز تملك ماله وزوال ملكه وحريته وكونه ملحقا بالمسلم في حق عامة الأحكام يمنع جواز تملكه وزوال ملكه لاحتمال أنه يعود إلى الإسلام، فإذا تعارض سبب الزوال وسبب البقاء وجب التوقف في أملاكه كالحربي إلَّا حربي قهر وأسر تتوقف أملاكه حتى تتوقف تصرفاته على أن ينفذ.

لو خلي سبيله أو يبطل متى استرق لبطلان أملاكه من وقت القهر فكذا هذا. والمرتدة تنفذ تصرفاتها لانعدام ما يوجب زوال أملاكها وهو القهر على الحربي لأنها غير حربية فإنها لا تقتل ولا تسترق فبقيت أملاكها كما كانت وبقيت العصمة في حقها. أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ولا وارث له غيره لم يجز عتق واحد؛ لأن عتق كل واحد لم يصادف ملكه؛ لأن ملك المرتد موقوف عند أبي حنيفة، والملك الموقوف لا يكفي لنفوذ العتق والملك للوارث يثبت وقت الموت وعلى الرواية التي عند أبي حنيفة أنه يعتبر كونه وارثا وقت الردة يجب أن ينفذ عتقه؛ لأنه يملكه من وقت الردة.

(باب ميراث المرتد)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في كسب الإسلام.

والثاني: في كسب الردة.

(فصل)

وإذا مات المرتد أو قتل أو لحق بدار الحرب فماله بين ورثته المسلم على فرائض الله تعالى، وعند الشافعي يكون فيئًا.

والصحيح قولنا لإجماع الصحابة، فإنه رُوي عن علي وابن مسعود ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم قالوا بأن مال المرتد يقسم بين ورثته المسلم على فرائض الله تعالى، ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعا، ولأن القرابة علة لاستحقاق الميراث بنص الكتاب والقاطع للإرث اختلاف المسألة ولم يوجد هنا اختلاف المسألة حكما؛ لأن المرتد جعل كالمسلم في عامة الأحكام حتى لا يعم ماله ولا يسترق نفسه ما دام في دار الإسلام ولا يوظف عليه الجزية ولا تجوز تصرفاته في الخمر والخنزير والولد الحاصل بين مرتد وكتابي يكون مرتدًا لأنه أقرب إلى الإسلام فلم يتحقق اختلاف المسألة حكما فلا يدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى**"(١) وأراد به ملتين يقر عليهما

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤٧/٢ (١٥٨٨) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرني ابن وهب، عن يونس. وفي ٧١/٤ (٣٠٥٨) قال: حدثنا محمود، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ١٤٧/٥ (٤٢٨٢ و٤٢٨٣) قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سعدان بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. قال البخاري: قال معمر، عن الزهري: «أين تنزل غدا، في حجته؟»، ولم يقل يونس: «حجته»، ولا «زمن الفتح» وفي ١٥٦/٨ (٦٧٦٤) قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٠٨/٤ (٣٢٧٣) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس بن يزيد. وفي (٣٢٧٤) قال: حدثنا محمد بن مهران الرازي، وابن أبي عمر، وعبد بن حميد، جميعا عن عبد الرزاق، قال ابن مهران: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٣٢٧٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة، وزمعة بن صالح. وفي ٥٩/٥ (٤١٤٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا ابن عيينة. و«ابن ماجه» (٢٧٢٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، ومحمد بن الصباح، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢٧٣٠) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٢٩٤٢) قال: حدثنا =

والمرتد لا يقر على ما هو عليه فليس له حكم الملتين في هذا والالتحاق بدار الحرب بمنزلة الموت؛ لأنه صار من أهل الحرب وهم أموات وأموات في حقنا حتى يملكون بالاستيلاء إلا أن هذا المعنى ليس بمستقر لاحتمال أن يعود إلى دار الإسلام فلا بد من قضاء القاضي ليتقرر كونه من أهل الحرب.

ثم عن أبي حنيفة ثلاث روايات في وقت الإرث في رواية ينظر إلى ورثته يوم ارتد وهو قول زفر؛ لأن استحقاق الإرث يثبت عند الموت مستندا إلى وقت الردة ليكون فيه توريث المسلم المسلم، وفي ظاهر الرواية عنه أنه يعتبر ورثته يوم

=

محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٠١٠ و٢٩١٠) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٢٩٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢١٠٧) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٧م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٤٢٤١) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي (٤٢٤٢) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر (ح) قال: وأخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، والأوزاعي. وفي (٦٣٤٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف البلخي، وأبو عمرو، الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن سفيان بن عيينة. وفي (٦٣٤٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن الهاد. وفي (٦٣٤٥) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: حدثنا الليث، قال: حدثني عقيل. وفي (٦٣٤٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا معمر. وفي (٦٣٤٧) قال: أخبرنا وهب بن بيان المصري، قال: حدثنا ابن وهب، قال: قال يونس. و«ابن خزيمة» (٢٩٨٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٥١٤٩) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٦٠٣٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة.

تسعتهم: (معمر، والأوزاعي، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن أبي حفصة، ويونس، وزمعة بن صالح، وابن الهاد، وعقيل) عن ابن شهاب الزهري، عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، عن عمرو بن عثمان، فذكره.

الموت واللحاق وهو قول محمد؛ لأن اللحوق بمنزلة الموت؛ لأن القرابة إنما ينعقد سبب لاستحقاق الإرث يوم الموت وفي رواية يوم القضاء وهو قول أبي يوسف؛ لأن العارض وهو اللحوق يتوهم زواله في كل ساعة ويتوقف ثبوت حكمه على القضاء فيتقرر الموت والاستحقاق يوم القضاء.

(فصل)

وكسب المرتد فيء عند أبي حنيفة، وعندهما ميراث لورثته؛ لأنه لما صح تصرفه عندهما بلا توقف صح ملكه فوجب النقل إلى الورثة لأنها قائمة مقامه في الملك له أن تصرفه لما لم يصح ملكه فلا يورث ويقضي ديونه ويعتق أمهات أولاده ومدبرته وعندهما الوصية بالقرب يبطل وبغير القرب لا يبطل؛ لأن لبقاء الوصية حكم الابتداء؛ لأن بقاءها بالموت وابتداء الوصية منه عندهما بما ليس بقربه جائز وبالقربة لا يجوز فكذا هذا. له: أن الردة بمنزلة الرجوع عن الوصية؛ لأن الردة تبطل الوصية إذا قارنها عنده، فإذا طرأ عليها يبطلها؛ لأنه لا يرضى بوصيته لأهل هذه الدار لمعاداته لهم فيكون ردته رجوعا عن الوصية دلالة ويرث منه امرأته إن كانت في العدة؛ لأنه صار مشرفا على الهلاك بالردة؛ لأنه يفضي إلى الموت وهو القتل أو اللحوق فصار كالمريض طلق امرأته، فإن رجع ثانيا إلى دار الإسلام جميع ما فعله الإمام ماض غير أنه إن وجد شيئًا يعينه في يد وارثه أخذ منه لأن ما فعله الإمام صدر عن ولاية كاملة ورعاية شاملة فصار جميعه نافذة والوارث إنما يخلفه في ملكه لاستغنائه عنه بلحوقه بدار الحرب، فإذا عاد مسلما فقد عاد حيا وعادت الحاجة فتبطل الخلافة للورثة، ولو تصور حياة الميت كان له أن يأخذ ما يجده في أيدي الورثة فكذا هذا.

ولو لم يقض القاضي بشيء حتى رجع مسلما لا يثبت شيء مما ذكرنا ويأخذ جميع أمواله؛ لأنه ما لم يتصل القضاء بلحوقه لا يصير ميتا حكما. المرتدة إذا ماتت في الحبس أو لحقت بدار الحرب قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله تعالى سواء كان كسب الإسلام أو الردة، وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين المرتد والمرتدة والفرق له أن أملاكها باقية مستقرة غير موقوفة لأنها ليست بحربية فانتقلت إلى

ورثتها بموتها فأما كسب المرتد فيء للمسلمين عنده؛ لأن تصرفاته موقوفة فلا يملك إكساب الردة فلم ينتقل إلى الورثة، فإن سبيت كان فيئا خلافًا للشافعي لإجماع الصحابة لما روي أن بني حنيفة ارتدت في زمن أبي بكر الصديق فقاتلهم وسبى نساءهم وقسم أموالهم بين أصحابه فوقعت جارية في سهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه فولد له منها ولد يسمى محمد بن الحنفية وإن جاءت مسلمة لها أن تتزوج في ساعتها؛ لأنه لا عدة عليها؛ لأن العدة قد سقطت بلحاقها بدار الحرب حكما للموت وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر بأرض الحرب من حين اللحاق ثم سبيا جميعًا يكونان فيئا؛ لأن النسب غير ثابت من الزوج؛ لأنه لا عدة عليها فيكون الولد كافرا تبعا لأمه وإن ولدت لأقل من ستة أشهر لم يصر الولد فيئا؛ لأن النسب يثبت من الزوج فيكون مسلما تبعا لابنه فلا يسبى مقصودًا بالاستيلاد.

(باب إسلام الصبي وارتداده ومن بمعناه)

(السير الصغير) مسائله على فصلين:

أحدهما: [في][1] إسلامه وارتداده أصلًا.

والثاني: في إسلامه تبعًا.

(فصل)

إسلام الصبي العاقل صحيح خلافًا للشافعي؛ لأنه صدر منه الإيمان عن غيب وهو الاعتراف باللسان والتصديق بالجنان؛ لأن الإيمان هو التصديق؛ لأن ضده وهو الكفر هو التكذيب، إلا أن التصديق من بواطن الأمور ومكنونها، فجعل الاعتراف عن عقل وعرفان علما على تصديق الجنان، وقد صدر إقرار الصبي عن عقل وعرفان لوجود آثار العقل في حقه وهو صدور أفعاله على نهج الأحكام والرشاد، ووقوع أقواله على سبق النظام والسداد، ومتى صدر منه الإيمان بحده وحقيقته وجب اعتباره في ترتيب أحكامه عليه وهو عصمة النفس وحرمة المال

(١) ما بين المعكوفتين في (س): على.

وتقومهما حتى يحرم استرقاقهما وإتلافهما على وجه يغرم متلفهما، وهذه الأحكام نافعة محضة له فيصح إقراره في حقها.

ارتد الصبي المراهق تصح ردته عندهما ولا يقتل.

وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح؛ لأن ردته ضرر والصبي محجور عن المضار.

لهما: أن تبديل الاعتقاد متصور ممن كان بيده الاعتقاد، فإذا اقترن به الاعتراف دل على تبديل الاعتقاد كما في الإسلام ولكنه لا يقتل؛ لأن بينته غير صالحة للحراب، ولأن القتل عقوبة والصبي لا يعاقب على أفعاله ويجبر على الإسلام لأنا حكمنا بصحة إسلامه ولا يجوز أن يقر على الردة كالبالغ وبالجبر يندفع عنه المضار وهو حرمان الميراث وبينونة المرأة وردة السكران ليس بشيء استحسانًا خلافًا للشافعي قياسًا كإسلامه صحيح فكذا ردته. وجه الاستحسان وهو الفرق بين إسلامه وردته أن الردة محتملة بين أن تكون عن اعتقاد وبين أن لا تكون عن اعتقاد وهو الظاهر؛ لأن السكران لا يدري ما يقول وكذا إسلامه متردد محتمل بين أن يكون عن اعتقاد وبين أن لا يكون عن اعتقاد وهو الظاهر إلا أن المسلم أن يعتقد مما يحتاط في إثباته والكفر مما يحتاط في درايته فرجحنا ما يوجب الإسلام على ما يوجب الكفر احتياطًا لإثباته لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ**"(١)، وروي أن واحدًا من الصحابة شرب المسكر فقرأ: ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝١﴾ [الكافرون: ١] في صلاته فحذف ﴿لَآ﴾ فقرأ ﴿أَعْبُدُ﴾ وكان سكرانًا ولم يحكم بكفره.

(فصل)

أصله: الصبي إذا كان له عبارة مشعرة بالبيان وكان يصف الإسلام باللسان، فإنه

---

(١) أخرجه الروياني (٢/٣٧، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٣/٢٥٢)، والبيهقي (٦/٢٠٥، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٨/٢٤٠، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١/١١٦، رقم ٣٩٥). قال المناوي (٣/١٧٩): قال الحافظ: سنده ضعيف.

يجعل أصلا في الإسلام ولا يجعل تبعا لغيره، وإن لم يعرب عنه لسانه فهو على دين أبويه لقوله صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة[(١)] إلا أن أبويه

---

(١) اخْتَلَفَ السَّلَف فِي الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ فِي هَذَا الْحَدِيث عَلَى أَقْوَال كَثِيرَة، وَأَشْهَرُ الْأَقْوَال أَنَّ الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ: الْإِسْلَام. قَالَ ابْن عَبْد الْبَرّ: وَهُوَ الْمَعْرُوف عِنْد عَامَّة السَّلَف، وَأَجْمَعَ أَهْل الْعِلْم بِالتَّأْوِيلِ عَلَى أَنَّ الْمُرَاد بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا﴾: الْإِسْلَام، وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ أَبِي هُرَيْرَة فِي آخِر الحَدِيث: اقْرَؤوا إِنْ شِئْتُمْ: ﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا﴾.
وَبِحَدِيثِ عِيَاض بْن حِمَار عَن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم فِيمَا يَرْوِيه عَنْ رَبّه: "إِنِّي خَلَقْتُ عِبَادِي حُنَفَاءَ كُلَّهُمْ، فَاجْتَالَتْهُم الشَّيَاطِينُ عَنْ دِينِهِمْ"، وَقَالَ ابْن جَرِير: قَوْله: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ﴾ أَيْ: سَدِّدْ لِطَاعَتِهِ.
﴿حَنِيفًا﴾ أَيْ: مُسْتَقِيمًا.
﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ﴾ أَيْ: صِبْغَة الله، وَهُوَ مَنْصُوب بِفِعْلٍ مُقَدَّر، أَيْ: الْزَمْ.
وَقَدْ قَالَ أَحْمَد: مَنْ مَاتَ أَبَوَاهُ وَهُمَا كَافِرَانِ، حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ.
وَتَعَقَّبَهُ بَعْضُهمْ بِأَنَّهُ كَانَ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَصِحّ اسْتِرْقَاقُه، وَلَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ إِذَا أَسْلَمَ أَحَد أَبَوَيْهِ.
وَالْحَقُّ أَنَّ الْحَدِيث سِيقَ لِبَيَانِ مَا هُوَ فِي نَفْسِ الْأَمْر، لَا لِبَيَانِ الْأَحْكَام فِي الدُّنْيَا.
وَقَالَ ابْن الْقَيِّم: لَيْسَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ "يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَة" أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ يَعْلَمُ الدِّينَ، لِأَنَّ اللهَ يَقُول: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا﴾ وَلَكِنَّ الْمُرَادَ أَنَّ فِطْرَتَه مُقْتَضِيَةٌ لِمَعْرِفَةِ دِين الْإِسْلَام وَمَحَبَّتِه، فَنَفْسُ الْفِطْرَةِ تَسْتَلْزِمُ الْإِقْرَار وَالْمَحَبَّة، وَلَيْسَ الْمُرَادُ مُجَرَّدَ قَبُولِ الْفِطْرَة لِذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ بِتَهْوِيدِ الْأَبَوَيْنِ مَثَلًا، بِحَيْثُ يُخْرِجَانِ الْفِطْرَةَ عَن الْقَبُول، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ أَنَّ كُلَّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى إِقْرَارِه بِالرُّبُوبِيَّةِ، فَلَوْ خُلِّيَ، وَعَدَم الْمُعَارِض، لَمْ يَعْدِلْ عَنْ ذَلِكَ إِلَى غَيْرِه، كَمَا أَنَّهُ يُولَدُ عَلَى مَحَبَّةِ مَا يُلَائِمُ بَدَنَه، مِن ارْتِضَاع اللَّبَن، حَتَّى يَصْرِفَهُ عَنْهُ الصَّارِف، وَمِنْ ثَمَّ شُبِّهَت الْفِطْرَةُ بِاللَّبَنِ، بَلْ كَانَتْ إِيَّاهُ فِي تَأْوِيل الرُّؤْيَا، وَاللهُ أَعْلَم.
وَقِيلَ: إِنَّ الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ: الْخِلْقَة، أَيْ: يُولَدُ سَالِمًا، لَا يَعْرِفُ كُفْرًا وَلَا إِيمَانًا، ثُمَّ يَعْتَقِدُ إِذَا بَلَغَ التَّكْلِيف، وَرَجَّحَهُ ابْن عَبْد الْبَرّ، وَقَالَ: إِنَّهُ يُطَابِقُ التَّمْثِيلَ بِالْبَهِيمَةِ وَلَا يُخَالِفُ حَدِيثَ عِيَاض، لِأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ: ﴿حَنِيفًا﴾ أَيْ: عَلَى اسْتِقَامَة.
وَتُعُقِّبَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ لِاسْتِشْهَادِ أَبِي هُرَيْرَة بِالْآيَةِ مَعْنًى.
وَقَالَ ابْن الْقَيِّم: سَبَبُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي مَعْنَى الْفِطْرَة فِي هَذَا الْحَدِيث، أَنَّ الْقَدَرِيَّة كَانُوا يَحْتَجُّونَ بِهِ عَلَى أَنَّ الْكُفْرَ وَالْمَعْصِيَةَ لَيْسَا بِقَضَاءِ الله، بَلْ مِمَّا ابْتَدَأَ النَّاس إِحْدَاثَه، فَحَاوَلَ جَمَاعَةٌ مِن الْعُلَمَاء مُخَالَفَتَهُمْ بِتَأْوِيلِ الْفِطْرَةِ عَلَى غَيْرِ مَعْنَى الْإِسْلَام، وَلَا حَاجَة لِذَلِكَ، لِأَنَّ
=

يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكرًا أو كفورًا"[(١)].

وقوله عليه الصلاة والسلام: "**على الفطرة**"، أي: على الخلقة التي خلقه الله تعالى عليها قبل الولادة لم تتغير بالولادة أو على الدين الذي كان دراية يوم الميثاق، فإن الذرية كلهم قالوا: بلى، ولكن بعضهم قالوا عن اعتقاد فكان ذلك إيمانا منهم، وبعضهم قالوا عن خوف لا عن اعتقاد فلم يكن ذلك إيمانا منهم على ما عرف في أصول التوحيد.

وقوله: "**أبواه يهودانه**"، أي: يتبعانه في أحكام اليهودية حين يسلم أو يكفر إذا عقل، فإذا وجدت هذه الغاية لا تبقى التبعية ولأنه لا بد من إثبات الدين لكل مولود لبناء الأحكام عليه، فإذا أعرب عنه لسانه وهو الاعتراف باللسان والتصديق بالجنان جعلناه أصلا في الدين، فإذا لم يعرب جعلناه تبعا لأبويه في الدين لأنا عجزنا عن إثبات الدين له بعبارته وبيانه وتبعته الأبوين أقوى وآكد من تبعته أهل الدار؛ لأنه أقرب إليهما باعتبار التولد والتفرع منهما، فإذا فقد الأبوان جعلناه تبعا لأهل الدار في الدين؛ لأن بينهما اتصال مجاورة ومخالطة. سبي صبي من أهل الحرب فما دام في دار الحرب فهو على دينهما، فإن مات الأبوان بعد ذلك فهو على ما كان؛ لأن التبعية تناهت وتقررت بموتهما؛ لأن الحكم يتقرر بتقرر سببه، وكذلك لو أخرج أحد أبويه أولا ثم الصبي أو أخرج هذا من جانب وذلك من جانب ثم مات لا

=

الْآثَارَ الْمَنْقُولَةَ عَنِ السَّلَفِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَمْ يَفْهَمُوا مِنْ لَفْظِ الْفِطْرَةِ إِلَّا الْإِسْلَام، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ حَمْلِهَا عَلَى ذَلِكَ مُوَافَقَةُ مَذْهَبِ الْقَدَرِيَّة، لِأَنَّ قَوْله: "فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ إِلَخْ" مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ بِتَقْدِيرِ الله تَعَالَى، وَمِنْ ثَمَّ احْتَجَّ عَلَيْهِمْ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم فِي آخِرِ الْحَدِيث: "اللهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ". فتح الباري لابن حجر - (ج٤/ ص٤٦٥)

(١) أخرجه «البخاري» ٩٥/٢ (١٣٥٩) و١١٤/٦ (٤٧٧٥) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. وفي ١٠٠/٢ (١٣٨٥) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. و«مسلم» ٥٣/٨ (٦٨٥١) قال: حدثني أبو الطاهر، وأحمد بن عيسى، قالا: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد كلاهما: (محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، قال: أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

يصلى عليه؛ لأنه لا عبرة بتبعية الدار مع وجود تبعية الأبوين وقد أمكن أن يجعل الولد تبعا للأبوين في الدين لأنهما حصلا جميعا في دار الإسلام فلا يجعل تبعا للدار، وإن أخرج الصبي وحده أو أخرج الصبي أولا ثم أحد أبويه صلى عليه؛ لأنه حكم بإسلامه تبعا للدار؛ لأنه تباين الدارين بقطع التبعية من أصوله في الدين لانقطاع الولاية التي تجعل نفس الصغير في معنى نفسه فتعذر أن يجعل تبعا لأبويه في الدين فجعل تبعا للدار ومتى حكم بإسلامه تبعا للدار فلا يحكم بكفره بعد خروج أحد أبويه.

ولو أسلم أحد أبويه في دار الحرب فالصبي مسلم بإسلامه وكذا إذا أسلم في دار الإسلام ثم سبي الصبي بعده وصار في دار الإسلام فهو مسلم لأنهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قيل إخراج الصبي إلى دار الإسلام لا يكون مسلما بإسلام أبيه؛ لأن اختلاف الدارين يمنع التبعية في الأحكام ولا يكون الصبي مسلما بإسلام أبيه؛ لأن اختلاف الدارين يمنع التبعية في الأحكام ولا يكون الصبي مسلما بإسلام الجد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون مسلمًا تبعًا للجد، وهنا أربع مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: جر الجد الولاء.

والثالثة: وجوب صدقة الفطر على الجد.

والرابعة: في دخول الجد في الوصية لأقربائه، فعلى ظاهر الرواية لا يجر ولاء إلحاقه ولا يجب عليه فطرته ولا يدخل في الوصية بخلاف الأب وفي رواية الحسن سواء بينهما. وجه رواية الحسن أن الولد يتبع الجد عند فقد الأب؛ لأن الجد أب ينتسب وينتمي إليه الحافد باعتبار البعضية والجزئية بواسطة، وهو عند عدم الأب يقوم مقامه في حكم الولاية والتبع يتبع الأصل في الأحكام. وجه ظاهر الرواية أن الحافد إنما يصير تبعا للجد بواسطة تبعية الأب، فإنه ما لم يصر تبعا للأب لم يصر تبعا للجد لانعدام التبعية بينهما وهو الانحلاف والانغلاق وقد تعذر إثبات تبعية الولد للأب في الولاء والإسلام لفقد أهليته؛ لأنه عبد أو كافر فلا يتصور ثبوته.

(باب ما يصير به الكافر مسلماً)

(السير الصغير) أصله: أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقده يحكم بإسلامه؛ لأنه لا طريق إلى الوقوف على حقيقة عقيدة الجنان لأنها من بواطن الأمور ومكنوناتها والبواطن لا تجعل مناطا لربط الأحكام بها فجعل إقراره الصادر عن عقل وعرفان علما على عقيدة الجنان، فإذا صدر إقراره على خلاف ما اعتقده استدلنا به على أنه بدل اعتقاده تبديلا. ثم الكافر على ثلاثة ضروب: عبدة الأوثان وعبدة النيران والمشرك في الربوبية والمنكر للوحدانية كالثنوية والمقر بالوحدانية والمنكر للرسالة كاليهود والنصارى والجاحد للربوبية والمشرك فيها إذا قال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه.

وكذلك لو قال: نشهد أن محمدًا رسول الله، أو قال: أسلمنا أو آمنا بالله؛ لأنه أقر بما هو مخالف لاعتقاده وانتقل عما هو ديانته فجعل ذلك دليلا على إيمانه قال عليه السلام: "**أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها**"(١)، وعلى هذه المانوية وكل من يدعي الدين إذا قال: لا إله إلا الله يحكم بإسلامه؛ لأن ذلك دليل إسلامه واستسلامه وانقياده لله تعالى، وكذلك لو شهد برسالة محمد صلى الله عليه وسلم أو قال: أنا على دين الإسلام أو

---

(١) أخرجه «البخاري» ٨٧/١ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧٥/٧، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧٦/٧ و١٠٩/٨، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

على الحنفية فهذا كله إسلام[١].

وأما المقر بالوحدانية والمنكر للرسالة أصلا من أهل الكتاب كاليهود والنصارى إذا قال لا إله إلا الله لم يكن مسلما لأنهم كانوا يجحدون الرسالة فلم يقروا بخلاف ما اعتقدوا ولم ينتقلوا عما دينوا.

وإذا شهد بالرسالة لمحمد صلى الله عليه وسلم يكون مسلمًا على ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على جاره اليهودي يعوده فقال: "**قل أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله**، فنظر الرجل إلى أبيه، فقال له أبوه: أجب أبا القاسم، فشهد بذلك ومات، فقال عليه السلام: **الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار**". ثم قال لأصحابه: "**لُوا أخاكم**" ومن يقر منهم برسالة محمد ولكنهم يزعمون أنه رسول إلى العرب لا إلى بني إسرائيل كما في بلاد العراق ويتمسكون بظاهر قوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ﴾ [الجمعة:٢] فمن يقر منهم بأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكون مسلمًا حتى يتبرأ من دينه مع ذلك أو يقر أنه دخل في الإسلام.

وكذلك لو قال: أسلمت أو أنا مسلم أو مؤمن لا يحكم بإسلامه لأنهم يدعون الإسلام، فإن المسلم المستسلم للحق المنقاد له وهم يزعمون أن الحق ما هم عليه فلا يكون مطلق هذا اللفظ في حقهم دليلا على الإسلام حتى يتبرأ عن دينه مع ذلك.

وكذلك لو قال: برئت من اليهودية أو النصرانية ولم يقل مع ذلك دخلت في الإسلام لا يحكم بإسلامه؛ لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل في النصرانية أو على عكسه، فإذا قال مع ذلك ودخلت في الإسلام فحينئذ يزول هذا الاحتمال وقد قال بعض مشايخنا إذا قال دخلت في الإسلام يحكم بإسلامه، وإن لم يتبرأ مما كان عليه؛ لأن في لفظه ما يدل على دخول حادث منه في الإسلام وذلك غير ما كان عليه فاستدللنا بهذا اللفظ أنه يبرأ عما كان عليه وهذا ذكره الكرخي في مختصره، لو أعرف اليهودي أنه على دين الإسلام أو قال: أنا مسلم، قال أبو حنيفة رحمه الله

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٨/٣، والهداية ١٦٠/٢، وحاشية الدسوقي ٢٠١/٢، ومغني المحتاج ٢٤٤/٤، وروضة الطالبين ٣٠٥/١٠.

أولا: لا يكون هذا إسلاما حتى يقر بما جاء به من الله تعالى ويتبرأ من اليهودية والنصرانية، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال اليهودي أو النصراني: أنا مسلم وقد أسلمت وسئل عنه أي شيء أردت بذلك إن قال: أردت ترك دين النصارى واليهود والدخول في دين الإسلام كان مسلما، فإن قال: أردت بقولي أسلمت أي على الحق ولم أرد بذلك رجوعا عن ديني لم يكن مسلما لما بينا.

(فصل)

الكافر صلى بجماعة أو أقر أنه صلى في جماعة أو أذّن في بعض المساجد يحكم بإسلامه خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الإيمان هو التصديق باللسان؛ لأن ضد الإيمان هو الكفر والكفر هو التكذيب والجحود فكان الإيمان هو التصديق والاعتراف باللسان؛ لأن الصلاة بجماعة من شعائر الإسلام وخصائص الدين والإتيان بخاصية الشيء لا عن كره وإجبار يكون دليلا على الإتيان به عن اختيار؛ لأن الصلاة بجماعة دلالة ظاهرة على أنه مسلم معتقدا بصحتها مصدقًا بحقيقتها.

ولو قال الكافر: أنا معتقد حقية الصلاة بجماعة يحكم بإسلامه فكذا إذا وجد دلالة على أنه معتقد حقيقتها، ولهذا الإتيان بخاصية الكفر يدل على الكفر، فإن من سجد للصنم أو تزنر بزنار النصارى أو تقلنس بقلنسوة المجوس يحكم بكفره فكذا هذا بخلاف الصلاة وحده؛ لأنه لا يختص بشريعتنا.

ورُوي عن محمد رحمه الله: إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلمًا لقوله صلى الله عليه وسلم: **"مَنْ صَلَّى صَلَاتَنَا، وَاسْتَقْبَلَ قِبْلَتَنَا، وَأَكَلَ ذَبِيحَتَنَا، فله ما لنا وعليه ما علينا"**[(١)]، وكذلك إذا قرأ القرآن أو تلقنه؛ لأن قراءة الشيء لا تدل على

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٦/٢ (٩٥١) و١٠٢/٧ (٥٥٦٠) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني زبيد. وفي ١٧/٢ (٩٥٥) قال: حدثنا عثمان، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٩/٢ (٩٦٥) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا زبيد. وفي ١٩/٢ (٩٦٨) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي ٢١/٢ (٩٧٦) قال: حدثنا =

=

أبو نعيم، قال: حدثنا محمد بن طلحة، عن زبيد. وفي ٢٣/٢ (٩٨٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو الأحوص، قال: حدثنا منصور بن المعتمر. وفي ٩٩/٧ (٥٥٤٥) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. قال البخاري: قال مطرف: عن عامر، عن البراء: قال النبي صلى الله عليه وسلم: من ذبح بعد الصلاة، تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين. وفي ١٠١/٧ (٥٥٥٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد بن عبد الله، قال: حدثنا مطرف. وفي ١٠٢/٧ (٥٥٦٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن فراس. وفي ١٣٧/٨ (٦٦٧٣) قال: كتب إلي محمد بن بشار، قال: حدثنا معاذ بن معاذ، قال: حدثنا ابن عون. و«مسلم» ٧٤/٦ (٥١١٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا خالد بن عبد الله، عن مطرف. وفي (٥١١١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم، عن داود. وفي (٥١١٢) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن داود. وفي ٧٥/٦ (٥١١٣) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا، عن فراس. وفي (٥١١٤) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. وفي (٥١١٥) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي (٥١١٦) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، وهناد بن السري، قالا: حدثنا أبو الأحوص (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، جميعا عن جرير، كلاهما عن منصور. وفي (٥١١٧) قال: وحدثني أحمد بن سعيد بن صخر الدارمي، قال: حدثنا أبو النعمان، عارم بن الفضل، قال: حدثنا عبد الواحد، يعني ابن زياد، قال: حدثنا عاصم الأحول. و«أبو داود» (٢٨٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو الأحوص، قال: حدثنا منصور. وفي (٢٨٠١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد، عن مطرف. و«الترمذي» (١٥٠٨) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. و«النسائي» ١٨٢/٣، وفي «الكبرى» (١٧٧٦) قال: أخبرنا محمد بن عثمان، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني زبيد. وفي ١٨٤/٣ و١٩٠/٣ و٢٢٣/٧، وفي «الكبرى» (١٧٩٠ و١٨١٦ و٤٤٧١) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن منصور. وفي ٢٢٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٠) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن ابن أبي زائدة، قال: أنبأنا أبي، عن فراس (ح) وأنبأنا داود بن أبي هند. وفي «الكبرى» «تحفة الأشراف» (١٧٦٩) عن عثمان بن عبد الله، عن عفان، عن شعبة، عن منصور، وداود، وابن عون، ومجالد، وزبيد. و«أبو يعلى» (١٦٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. وفي (١٦٦٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد، عن منصور.

=

اعتقاده وبخلاف سائر العبادات لأنها توجد في سائر الأديان والملل وأهل الجاهلية كانوا يأتون بها خصوصا الحج فلا تكون مختصة بدين الإسلام، فأما الصلاة بجماعة شرعت مختصة بدين الإسلام لم يكن في غيره من الأديان فالإتيان بها دلالة قبول الإسلام واعتقاد حقيته.

وذكر القدوري في الحج: إذا أحرم ولبى وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلما؛ لأن هذه الهيئة تختص بشريعتنا فصار كالصلاة بجماعة، وإن لبى ولم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب لم يكن مسلما؛ لأن العبادة لم تكمل ولا بد من وجود العبادة على أكمل الوجوه ليظهر الاختصاص بهذه.

ولو شهد فقال: رأيته يصلي في المسجد الأعظم وشهد آخر فقال رأيته يصلي في مسجد كذا لا يقتل ويجبر على الإسلام لأنهما لما اتفقا على فعل الصلاة فقد اتفقا على كونه مسلما إلا أنهما اختلفا في مكان الفعل وذلك لا يمنع قبول الشهادة على فعل الصلاة ويورث شبهة في إسقاط القتل عنه.

(باب ما يؤخذ أهل الذمة بإظهار العلامات ويمنع بإحداث البيع والكنائس)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في أخذ العلامات.

=

و«ابن خزيمة» (١٤٢٧) قال: حدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«ابن حبان» (٥٩٠٦) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي (٥٩٠٧) قال: أخبرنا علي بن إبراهيم بن الهيثم، ببلد، قال: حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا منصور، وزبيد، وداود، وابن عون، ومجالد. وفي (٥٩٠٨) قال: أخبرنا النضر بن محمد، قال: حدثنا محمد بن عثمان العجلي، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن زكريا بن أبي زائدة، قال: حدثني فراس. وفي (٥٩١٠) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن منصور.

ثمانيتهم: (منصور، وزبيد، وداود، وعبد الله بن عون، ومجالد، ومطرف بن طريف، وفراس، وعاصم) عن عامر الشعبي، فذكره.

والثاني: في منع بناء الكنائس في دار الإسلام.

(فصل)

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يترك أهل الذمة يتشبهوا بالمسلمين في لباسهم ومراكبهم وهيئاتهم ويؤخذ بأن يجعل في وسطهم كستيجًا مثل خيط الغليظ يعقده على وسط الزنار ويكسوا قلانس مضربة ويركبوا بسروج على قربوس السرج مثل الرمانة، ولا يلبسوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين، ولا أردية مثل أرديتهم، فالحاصل أنه يجب تمييزهم في الهيئة والزي على وجه يشعر ذلك بذلهم وصغارهم وقهرهم وعارهم وشنارهم، ولهذا قال عليه السلام: **"لا تَبْدَؤوهُمْ بِالسَّلامِ، والجؤوهم إِلَى أَضْيَقِ الطرق"**(١) وهذا مما يتعارفه أهل كل بلدة وعلى هذا يجب أن يتميزوا بعلامات يعرفون بها هكذا أمر عمر رضي الله عنه واتفقت الصحابة على ذلك ولأن المسلم يجب تعظيمه وإكرامه وموالاته واحترامه والكافر يجب إذلاله وإصغاره، فإذا اختلطوا بالمسلمين ولم يتميزوا بعلامة لم يؤمن أن يعظمهم ويوقرهم إنسان ظنا منه أنه مسلم، وإنما لم يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ونصارى نجران ومجوس هجر بإظهار العلامة لأنهم كانوا يعرفون

---

(١) أخرجه «البخاري» في «الأدب المفرد» (١١٠٣) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا وهيب. وفي (١١١١) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٧/٥ (٥٧١٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني الدراوردي. وفي (٥٧١٣) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا وكيع، عن سفيان (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير. و«أبو داود» (٥٢٠٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (١٦٠٢ و٢٧٠٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«ابن حبان» (٥٠٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي (٥٠١) قال: أخبرنا محمد بن يعقوب الخطيب، بالأهواز، قال: حدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. ثمانيتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن سعيد الثوري، وزهير بن معاوية، وشعبة بن الحجاج، ووهيب بن خالد، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وجرير بن عبد الحميد، وأبو عوانة) عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، فذكره.

بأعيانهم ولا يشتبه حالهم عليهم، فلما فتحت البلاد في زمن عمر وكثر أهل الذمة واختلطوا بالمسلمين وجب تمييزهم ونساءهم من نساء المسلمين، ويجب أن يكون على دورهم علامات يتميز بها من دون المسلمين فربما يقف عليهم سائل يدعو لهم بالمغفرة ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون في أسواقهم؛ لأن منفعة ذلك تعود إلى المسلمين.

(فصل)

وإذا صالح الإمام قومًا من أهل الحرب على أن يجعلهم ذمة يؤدي خراج رقابهم وأيديهم شيئًا معلوما جاز ولا يتعرض لكنائسهم وبيعهم القديمة؛ لأن الصلح قد وقع على أن لا يتعرض لهم فيكون التعرض نقضا للعهد ولا يمكنون من إحداث الكنيسة والبيعة بعدما صار مصرًا من أمصار المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم: **"لا جفاء في الإسلام ولا كنيسة"** معناه لا تحدث في دار الإسلام كنيسة وقوله لا جفاء قيل معناه لا اعتزال من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير في حكم الجفاء ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنازير في ذلك المصر ولا يدخلون شيئًا من ذلك في المصر؛ لأن في أمصار المسلمين يجب إظهار شعار الإسلام وإعلام الدين ويمنع من إظهار الفسق وشعائر الكفر.

وكذلك لا يمكنون من ضرب الناقوس خارج كنائسهم؛ لأنه من شعائرهم والحدود ملتهم الباطلة.

ولو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لم يتعرضوا لهم؛ لأن فيه إخفاء شعائرهم لا إظهارها وهذا في مصر تقام فيه الجمع والحدود وفي كل قرية لا تقام فيها الجمع والحدود.

وإن كان فيها عدد كبير من المسلمين لم يمنع من إحداث الكنائس والبيع وبيع الخمور والخنازير؛ لأن شعائر الإسلام فيها غير ظاهرة بل شعائرهم شائعة ظاهرة، فإن هدمت كنيسة من كنائسهم فلهم أن يبنوا كما كانوا؛ لأن إعادة البناء له حكم البقاء معنى لأنا عهدناهم على تقدير كنائسهم على التأبيد وليس لهم أن يحولوا هذا

إلى موضع آخر؛ لأنه إحداث كنيسة أخرى لا إعادة الأولى، وكذلك لو تخلى رجل منهم في صومعته منع من ذلك؛ لأنه يجري مجرى الكنيسة.

ولو فتح الإمام بلدة عنوة وصالحهم على أن يجعلهم ذمة يمنعهم من الصلاة في كنائسهم القديمة وأمرهم أن يجعلوها مساكن ولا يهدمها.

وكذلك كل قرية يجعلها الإمام مصرا لأنهم لما فتحوها عنوة كان لهم أن يقتسموا فيما بينهم ويمنعوا الكفار منها وصار حقا للغانمين بالفتح والاستيلاء عنوة، فإذا صالحهم على ذلك فموضع الكنائس إنما يستحقون بصلح المسلمين وتقديرهم على الذمة فصار بمنزلة إحداث الكنائس لأنها لم تبق مستحقة لهم، وإنما صارت مستحقة الآن بالصلح.

ولو عطل الإمام هذا المصر وتركوا الجمع وإقامة الحدود فيها كان لأهل الذمة أن يحدثوا ما شاؤوا لأنها خرجت من أن تكون مصرا وعادت إلى أحكام القرى.

قال محمد رحمه الله: ولا ينبغي أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر مصرًا كان أو قرية أو في ماء من مياه العرب ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنًا ووطنًا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا يجتمع دينان في جزيرة العرب**"[(١)] وكل قرية من أهل الذمة أو مصر أو مدينة أظهروا فيها شيئًا من الفسق مثل الرباء وإتيان الفواحش التي يحرمونها في دينهم فإنهم يمنعون من ذلك، وكذلك المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئًا من ذلك لا يضمن؛ لأن هذه كبيرة في الأديان كلها لم يقروا عليها في الأمان[(٢)].

ورُوي عن أبي يوسف: أن البيع والكنائس التي تكون في خراسان أو بالشام من الأمصار ما أحاط علمي أنه محدث هدمته وما لم أعلم بركنه حتى تقوم بينة أنه محدث؛ لأن النقض والتغيير لا يجوز بالشك وامنعهم من إدخال الخمر دون

---

(١) أخرجه مالك (٨٩٢/٢، رقم ١٥٨٤)، والبيهقي (٢٠٨/٩، رقم ١٨٥٣١).

(٢) انظر: فتح القدير ٣٠١/٥، حاشية ابن عابدين ٢٠٣/٤، الفتاوى الهندية ٢٤٧/٢، مواهب الجليل ٣٨١/٣، منح الجليل ٧٥٨/١، حاشية الخرشي ١٤٤/٣، بلغة السالك ٣٦٧/١، الزرقاني على مختصر خليل ١٤١/٢.

الخنازير؛ لأن الخمر لا يؤمن أن يفتن بها المسلم ويؤمن من الفتنة في الخنازير ولا يمنعون في الرساتيق. والله أعلم.

([باب عقد الذمة ونقضها](١))

(السير الصغير) مسائله على فصول:

أحدها: في عقد الذمة.

والثاني: فيما ينقضها.

والثالث: في حكم نقضها.

(فصل)

عقد الذمة وأخذ الجزية مشروع في حق سائر الكفار غير مشركي العرب والمرتدين، أما أهل الكتاب فلقوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [التوبة: ٢٩].

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح بني نجران وهم قوم من نصارى العرب على ألف ومائتي حلة.

وأما من المجوس، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أَخَذَ الْجِزْيَةَ مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ وقال: "**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**"(٢).

وأما مشركو العجم فلحديث عمر رضي الله عنه أنه فتح سواد العراق وضرب

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب عقد الذمة وإعطاء الجزية.

(٢) أخرجه «البخاري» ٩٦/٤ (٣١٥٦ و٣١٥٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٣٠٤٣) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٥٨٧) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٧١٥) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان. و«أبو يعلى» (٨٦٠) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٨٦١) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان.
ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ومعمر بن راشد، وسفيان بن عيينة) عن عمرو بن دينار، فذكره.

الجزية على جماعتهم والخراج على أراضيهم ولا تقبل من مشركي العرب الذمة والصلح، ولا يقبل منهم إلا القتل أو الإسلام لقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦] وقال صلى الله عليه وسلم: "**لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف**"، ولأن كفرهم ازداد غلظًا واشتد قبحًا وفجعًا؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان منهم نسبًا وكان فيما بينهم قرارًا ومسكنًا، والقرآن أنزل بلغتهم عربيًا مبينًا، وكانوا بالذكر والخطاب مخصوصين مميزين فهم أحق الناس أن يؤمنوا به تصديقا فحين أشركوا وعبدوا الأوثان تغلظت جنايتهم وعظمت فجيعتهم فصاروا نظير المرتدين عقوبتهم.

وأما المرتدون فلإجماع الصحابة في زمن أبي بكر رضي الله عنه على أن حكم الله تعالى في المرتد السيف أو الإسلام، ولأن كفر المرتد أغلظ وأقبح من كفر مشركي العرب؛ لأن الارتداد جحود وتكذيب بعد التصديق والاعتراف وبعد رؤية محاسن الإسلام وقبائح الكفر فكانت عقوبته أقبح وأفحش، إلا أن نساءهم وصبيانهم يجبرون على الإسلام بخلاف نساء المشركين وذراريهم يسترقون ولا يجبرون على الإسلام لما تبين في الفصل الأخير. الأصل أن الخزي لا يمكن أن يطيل المكث في دارنا فيصير عونا للكفرة علينا بل يمكن بقدر ما يقضي حاجته ثم يرجع، فإذا دخل ينبغي للإمام أن يتقدم إليه في أول ما دخل يضرب له مدة معلومة على قدر ما يفهم رأيه ويقول إن جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة، وإذا جاوز ما سماه جعله ذميًا؛ لأن بالمكث بعد الشرط صار ذميا واستأنف الجزية بحول بعده عليه إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ. حربي دخل دارنا بأمان فتقدم إليه الإمام في أن يخرج أو يكون ذميا فمكث بعد ذلك سنة فهو ذمي وعليه الجزية لما بينا. حربي دخل دارنا بأمان فدخل فاشترى أرضًا خراج، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي؛ لأنه قبل وظيفته بقي حكم يتعلق بالمقام في دار الإسلام فيكون راضيًا بكونه من أهل دارنا فصار ذميا ضرورة. حربية دخلت بأمان فتزوجت ذميًا صارت ذمية وإن تزوج حربي ذمية لم يصر ذميا والفرق أن المرأة تابعة للزوج، فإذا تزوجت بالذمي لزمها المقام معه في دارنا فصارت

راضية بالمقام في دارنا فأما الزوج لا يلزمه المقام معها بنكاحه بل حق الإسكان إلا أنه لا تترك لسفلها فإما أن يبيعها فلا فبتزويجه إياها لم يصر راضيا بالمقام.

(فصل)

وعقد الذمة ينتقض بالفعل وهو الالتحاق بدار الحرب ولا ينتقض بالقول وأمان الحربي يثبت بالقول؛ لأن سبب ارتفاع الأمان وإباحة القتل الحراب والذمي بالقول لم يصر محاربا ما لم يلتحق بدار الحرب والأمان في حق الحربي هو ترك القتال لا كونه محاربا وبالقول عزم على المحاربة والقتال فيبطل الأمان الذمي إذا وقف منه على أن يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو بقتال رجل من المسلمين فيقتله لا يكون نقضًا للعهد، لما رُوي أن حاطب ابن أبي بلتعة كتب إلى مكة: أن النبي صلى الله عليه وسلم يريد حربكم فخذوا حذركم، وجعل الكتاب في قرن امرأة ليذهب به إلى مكة، فنزلت: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَآءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِٱلْمَوَدَّةِ﴾ [الممتحنة: ١] سماه مؤمنا فبعث عليًا فأخذه وجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لحاطب: "**ما حملك على هذا؟** فقال: إن لي عيالات وقرابات بمكة فأردت أن يكون بر عندهم، وإني أعلم أن الله تعالى ناصركم وممكنكم ولا يضركم ما صنعت، فقال عمر: ائذن لي يا رسول الله حتى أضرب عنق هذا المنافق، فقال: **مهلا يا عمر، لعل الله اطلع على أهل بدر وقال: اعملوا ما شئتم فإني قد غفرت لكم**"(١).

---

(١) أخرجه البخاري ٥٩/٤ (٣٠٠٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله. وفي ١٤٥/٥ (٤٢٧٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد. وفي ١٤٩/٦ (٤٨٩٠) قال: حدثنا الحميدي. و«مسلم» ١٦٧/٧ (٦٤٨٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، وإسحاق بن إبراهيم، وابن أبي عمر، واللفظ لعمرو. و«أبو داود» (٢٦٥٠) قال: حدثنا مسدد. و«الترمذي» (٣٣٠٥) قال: حدثنا ابن أبي عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (١١٥٢١) قال: أخبرنا محمد بن منصور (ح) وأخبرنا عبيد الله بن سعيد. و«أبو يعلى» (٣٩٤) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر الجشمي، وأبو خيثمة. وفي (٣٩٥) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل الطالقاني. وفي (٣٩٨) قال: حدثنا زهير، أبو خيثمة. و«ابن حبان» (٦٤٩٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، =

ولأنه لو فعله مسلم لا يكون نقضا للإسلام فكذلك لو فعله الذمي غير أنه يعاقب ويحبس؛ لأنه ارتكب محظورًا، ولو يأسر الذمي ما يكون رده من المسلم كشتم النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن لا يكون نقضًا للذمة، وإنما نقض الذمة بلحوقه بدار الحرب، وقال الشافعي: يكون هذا منه نقضا للذمة.

والصحيح قولنا لما روى عروة عن عائشة رضي الله عنها قال: دخل رهط من اليهود على النبي صلى الله عليه وسلم وقال: السام عليك، ففهمتها فقلت: وعليكم السام واللعنة والسخط، فقال عليه السلام: "**مهلا يا عائشة، فإن الله تعالى يحب الرفق في الأمور كلها**، فقلت: يا رسول الله؛ ألم تسمع ما قالوا؟ فقال: **قولي وعليكم**"[1]. وهذا سب للنبي صلى الله عليه وسلم ولم يقتلهم؛ لأن شتم النبي كفر منه والكفر المقارن لم يمنع صحة الذمة فالطارئ لا يرفعه بطريق الأولى.

=

قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء. جميعهم (الحميدي، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وعلي بن عبد الله، وقتيبة بن سعيد، وعمرو الناقد، وزهير أبي خيثمة، وإسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن أبي عمر، ومسدد بن مسرهد، ومحمد بن منصور، وعبيد الله بن سعيد، وعبيد الله بن عمر، وإسحاق بن إسماعيل، وعبد الجبار بن العلاء) عن سفيان بن عيينة، قال: حدثنا عمرو بن دينار، قال: أخبرني الحسن بن محمد بن علي، أنه سمع عبيد الله بن أبي رافع، كاتب علي بن أبي طالب، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٨/١٤ (٦٠٢٤)، وفي «الأدب المفرد» (٤٦٢) قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، عن صالح. وفي ٨/٧٠ (٦٢٥٦) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. وفي ٨/١٠٤ (٦٣٩٥) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا هشام، قال: أخبرنا معمر. وفي ٩/٢٠ (٦٩٢٧) قال: حدثنا أبو نعيم، عن ابن عيينة. و«مسلم» ٧/٤ (٥٧٠٧) قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير بن حرب، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٥٧٠٨) قال: حدثناه حسن بن علي الحلواني، وعبد بن حميد، جميعا عن يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا أبي، عن صالح (ح) وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٣٦٨٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن مصعب، عن الأوزاعي (ح) وحدثنا هشام بن عمار، وعبد الرحمن بن إبراهيم، قالا: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي. و«الترمذي» (٢٧٠١) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة.
=

(فصل)

نقض قوم من أهل الذمة العهد وغلبوا على مدينة، فالحكم فيه كما في المرتد ويفعل في تركتهم ما يفعل في تركة المرتد؛ لأن المعنى الذي يوجب إلحاق المرتد بالميت فيما مر من الأحكام، وهو تباين الدارين موجود هنا إلا أنهم يسترقون بخلاف المرتد ونساؤهم يسترقون ولا يجبرن على قبول الذمة والمرتد أغلظ وأشد؛ لأن الحجة في حقه أظهر وأبين؛ لأنه جحد بعد الإقرار به فكان جحودهم أشد فكان بمنزلة مشرك العرب، وأما كفر الذمة بنقض العهد لم يتغلظ؛ لأنه لم يوجد منه الجحود بعد الإقرار بل بالنقض عاد إلى الحراب فكان بمنزلة سائر أهل الحرب.

وأما الفرق الثاني وهو أن المقصود من الذمة أن يصير من أهل دارنا سلما لنا بادئا للمحاربة علينا وهذا المقصود يحصل بالاسترقاق فلا معنى للجبر على قبول الذمة فأما المقصود من المرتد العود إلى الإسلام، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق كانت قبل النقض من القصاص والمال؛ لأنه حق التزمه بعقد الذمة فلا يسقط بصيرورته حربا لنا، ولأن الذمة خلف عن الإسلام في حق الأحكام فكان نقض الذمة بمنزلة ردة المسلم في حق الأحكام وحقوق العباد لا تسقط عنه بالردة ويؤاخذ به فكذا بنقض الذمة ولم يؤخذوا بما أصابوا في المحاربة وكذلك المرتدون لأنهم

=

و«النسائي» في «الكبرى» (١٠١٤١ و١١٥٠٨) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٠١٤٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعد بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا عمي، قال: أخبرني أبي، عن صالح. وفي (١٠١٤٣) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي (١٠١٤٤) قال: أخبرني عمران بن بكار، قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. و«أبو يعلى» (٤٤٢١) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٤٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر الحزامي، قال: حدثنا معن بن عيسى، عن مالك، عن الأوزاعي. وفي (٦٤٤١) قال: حدثنا ابن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.

خمستهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، وصالح بن كيسان، وشعيب بن أبي حمزة) عن ابن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، فذكره.

بنقض العهد والردة التحقوا بسائر أهل الحرب وما أصاب سائر أهل الحرب من دمائنا وأموالنا لا يؤاخذون بذلك متى أسلموا فكذا هذا. والله أعلم.

(باب حكم الخوارج والبغاة)

(السير الصغير) مسائله على فصول:
أحدها: في حكم نفس البغاة والخوارج.
والثاني: في حكم ما أصيب من أموالهم.
والثالث: في موادعتهم.
والرابع: في الميراث منهم.

(فصل)

ذكر محمد بن الحسن رحمه الله حديث كثير بن مرة الحضرمي أن قال: دخلت مسجد الكوفة فإذا خمسة نفر يشتمون عليًا رضي الله عنه، وفيهم رجل عليه برنس يقول: أعاهد الله تعالى لأقتلنه، فتعلقت به وتفرق أصحابه، فأتيت به عليًا رضي الله عنه فقلت: إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك، فقال: ادن ويحك من أنت؟ قال: أنا سوار المنقري، فقال: خل عن الرجل، فقلت: أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك؟! قال: أأقتله ولم يقتلني، قلت: فإنه قد شتمك فاشتمه إن شئت أو دع.

هذا الحديث اشتمل على فوائد منها أن قتل علي لا يكون كفرا؛ إذ لو كان كفرا لكان النذر بالكفر كفرًا كالنذر بحقيقة الكفر، ولو كان كفرًا لقتله علي عليه السلام ومنها أن فيه دليلًا على أن الخوارج مسلمون إلا من استحل قتله فيكفر، ألا ترى أن عليا رضي الله عنه لم يكفر الخوارج ولم يقتلهم دل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟﴾ [الحجرات: ٩] الآية، وقال علي رضي الله عنه: إخواننا بغوا علينا.

وقال أبو حنيفة: لولا علي رضي الله عنه لما عرفت السيرة في أهل القبلة أي حكم الخوارج، فأبو حنيفة وأصحابه ما كفَّرَ الخوارج وفي تكفير أهل البدع كلام بعضهم لا يكفرون أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون البعض وهو أن كل بدعة

تخالف دليلا توجب العلم والعمل به قطعا فهو كفر وكل بدعة لا تخالف دليلا توجب العمل وتخالف دليلا توجب العمل ظاهرا فهو بدعة وضلالة وليس بكفر وقد اعتمد عليه عامة أهل السنة والجماعة، وقد اتفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم إلا جعل وهو عبد الله البصري خالف جميع الأمة.

وقال المجتهدون في أمور الدين: مصيب، وهو قول مردود باطل وهو كفر ومنها أن سبه وتعصبه لا يكون كفرا، فإن عليًا رضي الله عنه لم يكفر ذلك الشاتم حتى ولم يقتله ولكن يضلل شاتمه ومن يشتم إنسانا لا ينبغي للمشتوم أن يستمر مجيبا ولكن ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يعزره، وإنما أمره علي رضي الله عنه بشتم شاتمه؛ لأنه كان إماما فكان له إقامة التعزير بنفسه فملك التفويض إلى غيره؛ لأن التعزير تارة يكون بالضرب وتارة يكون بالإيذاء باللسان وتارة يكون بالحبس على حسب ما يرى الإمام ومنها لا يثبت حكم البغي ما لم يتغلبوا ويجمعوا وتصير لهم منعة ألا ترى أن عليًا رضي الله عنه قال: خل سبيله.

ولو ثبت حكم البغي بإجماع خمس لكان يحبسه ولا يخلي سبيله وعن علي رضي الله عنه أنه قال في خطبته: لن نقاتلكم حتى تقاتلونا. وقصة ذلك أن الخوارج كانوا يستحلون قتل علي رضي الله عنه ولعنهم ومن استحل قتل مسلم يكفر وهم قوم خرجوا يوم الحكم، فإنه لما اشتد القتال بين علي رضي الله عنه وبين معاوية قال معاوية لعمرو بن العاص: هل بقي عندكم من الحيل والمكايد شيء قال نعم ثم أمر أصحاب معاوية حتى جعلوا المصاحف على رؤوس الرماح، وقالوا لأصحاب علي: بيننا وبينكم كتاب الله تعالى فاعملوا به فقال أصحاب علي على حكم الله وكتابه وتركوا القتال فقال لهم علي: لا تتركوا القتال إن هذا لمكيدة وحيلة فلم يفعلوا وقالوا كيف نقاتل قوما يدعوننا إلى العمل بكتاب الله تعالى، وقالوا إن ساعدتنا وإلا قاتلناك فساعدهم على ذلك مكرهًا فاتفقوا على أن يبعثوا حكما من عندهم وحكما من عند معاوية وكان علي يعرف أنه حيلة وكان لا يرضى بذلك حتى اجتمع أصحابه وقالوا لا بد من أن نتفق عليه فوافقهم على ذلك ضرورة وكرها لا طوعا ورضا فبعث معاوية عمرو بن العاص وكان من رأي علي أن يبعث

ابن عباس رضي الله عنهما؛ لأنه قيل له إنك رميت بداهية يعني عمرو بن العاص فابعث ابن عباس، فإنه لا يعقد عقدة إلا حلها ابن عباس فأبى أهل اليمن إلا أبا موسى الأشعري واتفقوا عليه وعلي في ذلك مكره فلما اجتمعا تشاورا وتدبرا واتفقا على أن يعزلا هذين ويتركا الأمور شورى لتسكن الفتنة ثم قال عمرو لأبي موسى الأشعري: أنت أكبر سنا فاصعد على المنبر واعزل عليا عن الإمارة، فصعد وحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال: إن هذه الفتنة قد طالت والصواب أن نعزل عليا ومعاوية ونقلد غيرهما، فأخرج خاتمه من إصبعه وقال: أخرجت عليا عن هذا الأمر كما أخرجت هذا الخاتم من هذا الإصبع، ونزل ثم صعد عمرو المنبر وحمد الله تعالى وأثنى عليه وقال: إني أدخلت معاوية في هذا الأمر كما أدخلت هذا الخاتم في هذا الإصبع، فقال أبو موسى: الغدر الغدر، فوقع التشويش بين المسلمين، فقالت طائفة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنا قد ارتدينا حيث جعلنا الحكم في أيديهما والله تعالى يقول: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام: ٥٧] فتبنا ورجعنا عن ذلك إلى الإسلام وقالوا لعلي رضي الله عنه: إنك قد ارتددت أيضًا حيث تركت حكم الله تعالى وأخذت بحكم الحكم، وتب على أن نبايعك، وخرجوا على علي عامة أصحابه، وكان مذهب أهل الخوارج تكفير كل مذنب صغيرة كانت أو كبيرة وكانوا ضالين كافرين في تكفير كل مذنب والرضا بحكم الحكمين لم تكن كبيرة منه؛ لأن الرضاء بحكم الحكمين فيما لا نص فيه جائز على أن عليا لم يكن راضيًا بذلك بل كان مكرها فيه وعلي كان على الحق؛ لأنه خليفة الحق؛ لأنه كان من جملة من اختاره عمر للخلافة واختاره من بعده من اختارهم للخلافة ومعاوية كان متأولًا وكان من الصحابة فالواجب على كل مسلم أن يعتقد في كل واحد من الصحابة الخير فيتكل ويفوض أمرهم إلى الله تعالى قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠] الآية، أمر بقتال البغاة. وعن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ولا يذفَّف على جريح أي لا تتم قتله ولا تكشف سترا ولا يؤخذ مال منه وهذا إذا لم

يكن لهم فئة ومنعة يرجعون إليها لوقوع الأمن من شرهم وحاجتنا إلى دفع شرهم، فإن كان لهم فئة ومنعة يقتل أسيرهم ويتبع مدبرهم ويذفَّف على جريحهم. المرأة الباغية تقاتل فأخذت حبست ولا تقتل كالمرتدة؛ لأن المرأة بأصل الخلقة ليست محاربة ولا عادية شريرة وبالأسر يندفع شرها والحربية إذا كانت تقاتل المسلمين فأسرت لا تقتل فالباغية أولى، فإن قتلت في المحاربة جاز كما في الحربية، ولو أخذ حر أو عبد يقاتل وعسكر أهل البغي على حاله يقتل خلافًا للشافعي؛ لأن الرجل محارب شرير وشره لا يندفع إلا بالقتل ما دامت الفتنة ممتنعة والجنود باعثة متمردة. عبد يخدم مولاه لا يقاتل يحبس لكسر شوكتهم وتقليل سوادهم، ولا يقتل؛ لأنه مندفع الشر لعدم القتال والمحاربة منه أعان قوم من أهل الذمة البغاة لم يكن نقضا للعهد ويكون ذميا باعثا فيقتل ولا يسترق ولا يغنم وهم فيما أصابوه في الحرب بمنزلة أهل البغي؛ لأن نقض العهد لا يكون إلا بضد العهد ولم يوجد ضده فلا ينتقض العهد ولكن هذا بغي وجناية منهم كما هو جناية وبغي من أهل البغي ولا بأس بأن يرمي إلى أهل البغي النبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار على البيات بالليالي؛ لأنه من أسباب المقاتلة وربما لا يحصل دفع شرهم وقتالهم إلا بهذه الأسباب فلا بأس كما في أهل الحرب.

(فصل)

وما أصاب أهل العدل من كراعهم وسلاحهم يجوز أن يستعمل عليهم خلافًا للشافعي ولا يباح الانتفاع بما سوى السلاح بل يحفظ حتى إذا وضعت الحرب أوزارها رد ما أصاب من أموالهم وسلاحهم عليهم؛ لأن عليًا رضي الله عنه هكذا كان يصنع بما أخذ يوم الجمل ثم التقى ما أصاب من عسكر نهروان في الرحبة ونادى من عرف شيئًا أخذه، ولأن في استعمال أسلحتهم دفع شرهم وكسر شوكتهم واجب.

أصله: حديث صفوان، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ عنه درعه حالة الحاجة بغير رضاه، ولأنهم مسلمون معصومون بدار الإسلام مالا ونفسا فلا تغنم أموالهم بل تحفظ عليهم، وما أصاب من دوابهم وليس إليه حاجة يباع ويحبس

ثمنه؛ لأن رده لا يجوز؛ لأن فيه تقوية أهل البغي ولا فائدة في إمساكه؛ لأنه غير محتاج إليه ومحتاج إلى النفقة عليه وربما يربي النفقة على القيمة فتكون في توقيفه إضرارا بأهل العدل وبأهل البغي وهو إجماع النفقة بخلاف السلاح.

(باب أهل البغي)

وما أتلف أهل البغي لم يوجد شيء مما أصابوا من إتلاف مال أو قتل نفس إلا ما كان قائما بعينه فتركه لما رُوي عن الزهري أنه قال: وقعت الفتنة العظمى بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو هدر، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو هدر، ولأن الباغي يستحل أموال العادل ويستبيح بما عنده من التأويل الفاسد وليس لنا ولاية الإلزام والرد عليهم؛ لأن لهم منعة ممتنعة وقوة متوفرة، فإذا تعذر الإلزام عليهم والعادل لو أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان؛ لأن مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن إلزام الضمان له فكان في إيجابه فائدة.

(فصل)

طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيرا للمسلمين كما في أهل الحرب ولا يوجد منهم شيء؛ لأن أخذ الجزية لا يجوز منهم، ولو وقعت الموادعة على أن يعطي كل فريق رهونا إلى الفريق الآخر على أنهم إن غدروا قدما الرهون خلال الآخر ثم غدر أهل البغي بأهل العدل وقبلوا رهون أهل العدل لا ينبغي لهم أن يقتلوا رهونهم؛ لأن الرهون صاروا آمنين في أيدينا متى أخذناهم على سبيل الرهن وشرط إباحة دمائهم باطل فلا يحل لنا قتلهم بجناية وجدت من غيرهم ولكن يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبون، لأنا إنما أخذناهم رهنا برهاننا وكانوا كالبدل عن رهاننا، ولأن الرد عليهم بشرط ردهم رهائننا إلينا فما لم يصل إلينا البدل لا يلزمنا رد المبدل وقد عجزوا عن رد البدل بالقتل على التأبيد فنحن لا نرد المبدل إليهم على التأبيد تحقيقا للمساواة وكذلك أهل الشرك لو فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل برهونهم فيخيرون حتى يسلموا أو صاروا ذمة تجارا وأسرى في يد أهل البغي

فجنى بعضهم على بعض وظهرنا عليهم لم يقبض فيما بينهم؛ لأنهم فعلوا في موضع لا ولاية لنا عليهم فلم يجب عليهم شيء؛ لأنه لا فائدة في الوجوب إذ الوجوب للاستيفاء كما إذا كان ذلك في دار الحرب، وما أصاب أهل البغي من القتل والأموال قبل الخروج إلى المحاربة ثم صالحوا بعد الخروج على إبطال ملكه لم يجز وأخذوا بحقهم لأنهم إذا لم يكن لهم منعة وشوكة ولم يحاربوا كانوا في معنى اللصوص أو العصبة وهم يؤاخذون بالضمان قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية، فلم يصح الصلح على هذا الشرط؛ لأن هذا شرط فاسد فلا يكون معتبرا والصلح لا يبطل بالشرط الفاسد.

الباغي دخل عسكرنا بأمان فقتله عدل عليه الديّة كما لو قتل حربيًا مستأمنًا.

قال الباغي: تبت وألقى السلاح كف عنه؛ لأن توبة الباغي بمنزلة الإسلام من الحربي في إفادة العصمة والحرمة.

ولو قال: كف عني لأنظر في أمري لعلي ألقي السلاح، يكف عنه لقوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [الحجرات: ٩]، ولأن الباغي لا يكون أسوأ حالًا من المرتد، والمرتد إذا استمهل حتى ينظر في أمره يكف عنه، فلأن يكف عن الباغي إذا استمهل وهو مسلم أولى.

ولو قال: أنا على دينك ومعه السلاح لا يكف؛ لأن ذلك ليس بتوبة. وادع أهل البغي قوما من أهل الحرب لا يغدرهم أهل العدل ولا يسبوا منهم؛ لأن أمارة البغاة جائزة لكونهم مسلمين ممتنعين، ولو غدرهم أهل البغي فسبوهم لم يسبوهم أهل العدل ومتى تاب أهل البغي ردهم على أهل الحرب لأنهم آمنون عن السبي والاستغنام فلم يصر ملكا لهم فلا يحل الشراء منهم لم يكن لأهل البغي منعة بأن كان رجلا أو رجلين ثم يستأمنان أخذ بجميع الأحكام؛ لأن الضمان إنما يسقط بالمنعة والتأويل ولم توجد المنعة.

لصوص غير متأولين غلبوا على مدينة وقتلوا الأنفس وأخذوا الأموال أخذوا بجميعه؛ لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد.

استعان أهل البغي بقوم من أهل الحرب يجوز سبيهم؛ لأن الأمان وإن ثبت لهم دلالة استعانة أهل البغي ولكن لو حاربوا فقد نبذوا الأمان ونقضوه فجاز سبيهم، وكذلك لو وادع أهل العدل قومًا من أهل الحرب فأعان ذلك القوم على أهل العدل يسبون ويقتلون؛ لأنهم نقضوا العهد لما بينا فبطل أمانهم كما لو نقض بالقول؛ لأن الأمان بالموادعة ترك القتال بشرط أن يترك أهل الحرب القتال أيضًا، فإذا قاتلوا فات الشرط فبطل الأمان، ومن لحق بأهل الحرب وصار معهم لا تبين امرأته ولا يقسم ماله بين ورثته؛ لأنه كواحد منهم وليس بمرتد.

(فصل)

قتل العادل أباه الباغي ورثه؛ لأنه قتل بحق، وكذلك لو قتله الباغي ورثه عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف والشافعي لا يرثه؛ لأن قتل الباغي العادل قتل بغير حق؛ لأنه لا يباح له الخروج على أهل العدل فضلا من القتال وتأويل الباغي في استحلال قتل العادل معتبر في الدفع عن نفسه لا في الاستحقاق على غيره، ولهذا المجوسي لا يتوارث بالأنكحة الفاسدة والقتل بغير حق يوجب حرمان الميراث، لنا: إجماع الصحابة أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر على ما بينا، ولأن فعل أهل البغي ملحق بسبب تأويلهم حتى لم يوجد وانبنى من ضمان العدوانات وأجزية السبات فكذلك في حق الإرث يكون ملحقا بالقتل الذي هو حق بسبب التأويل الذي عندهم فلا يحرم به الميراث ويكره للعادل قتل ابنه وابنه الباغي؛ لأن البغي لا يقطع الصلة، ولهذا يلزمه النفقة فلما وجب عليه إحياؤه بالنفقة حالة الحاجة وجب إحياؤه بالكف عن قتله. قتل رجل من أهل العدل في صف من أهل البغي لا بأس به؛ لأنه صار من جملتهم لما قام في صفهم كالمسلم قتل في صف الكفار وقتلى أهل العدل شهداء؛ لأن الشهيد من قتل بغير حق وأهل العدل قتلوا بغير حق، ولا يصلى على قتلى أهل البغي هكذا فعل علي رضي الله عنه وهو القدوة في الباب، وقد مر في كتاب الجنائز ويدفنون؛ لأن الكافر يدفن فالباغي أولى، ويكره أن يطاف برؤوسهم؛ لأنه مثلة والمثلة من غير فائدة حرام بخلاف رؤوس أهل الحرب على ما مر. والله أعلم بالصواب.

(باب في قضاة أهل البغي)

(السير الصغير): ظهر أهل البغي على مصر فاستعملوا عليه قاضيًا ليس من أهل البغي بل من أهل العدل يقيم الحدود والقصاص والأحكام بالحق جاز ولا يسعه غيره؛ لأن تقليد أمير البغاة القضاء جائز؛ لأن كل متسلط إذا تم تسليطه يصير عندنا سلطانا يصح تقليده القضاء، ويصح منه ما يصح من السلطان العادل، فإن الصحابة رضي الله عنهم رأوا قضاءنا قضاة بني مروان نافذة وأكثرهم كانوا متسلطة متغلبة.

ورُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت: هل يتولى الأعمال من يريد؟ فقالت: "إن لم يتول خياركم يتولاها شراركم".

ولو كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل كتابا جاز إن كان المكتوب إليه يعرف الشهود أنهم من أهل العدل؛ لأنه قاضي عدل؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وشهادة العادل على العادل للباغي على أصل الحق مقبولة وكذلك على الشهادة فيثبت النقل بهذا الكتاب فيجب القضاء بها، وإن كان لا يعرفهم لا يجوز كتابه بجواز أن يكون الشهود بغاة فتكون شهادة العادل قامت على شهادة الباغي؛ لأن الشهادة بأصل الحق من أهل البغي وشهادة الباغي على العادل غير مقبولة ولا يعمل بكتاب قاضي أهل البغي؛ لأنه منهم في الشهادة والكتاب على العدل؛ لأنه يستبيح مال العدل ودمه، وإليه أشار محمد فقال: لو قبلنا شهادة الباغي على العادل لذهب أهل البغي بجميع أموال أهل العدل فقد أشار إلى أنه ردت هذه الشهادة لتهمة الكذب لا لفسق الاعتقاد؛ لأن فسق الاعتقاد إذا لم يمكن تهمة الكذب في الشهادة لا يمنع القبول كشهادة أهل الأهواء والبدع. غلب البغاة على المدينة فاستعملوا عليها قاضيا منهم فقضى بأشياء ثم ظهر أهل العدل ينفذ قاضي المسلمين فيها إذا كان حقا أو فيه خلاف بين الفقهاء؛ لأن تفويضهم القضاء جائز وقد قضى في المجتهد فيه فتكون قضاياه في حقهم نافذة، ألا ترى أن قضايا حاكم أهل الذمة في حقهم نافذة فقضايا أهل البغي لأن تنفذ عليهم أولى، والله أعلم بالصواب.

كتاب المأذون

تحتاج إلى معرفة: شرعية الإذن للعبد والصبيان في التجارة، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه كان يخصف النعل ويرقع الثوب ويحلب الشاة ويركب الحمار ويجيب دعوة المملوك**"(١)، والمراد به المملوك المأذون بالإجماع؛ لأنه لا يجوز إجابة دعوة العبد المحجور بالإجماع ولأنه أضاف الدعوة إلى المملوك، وإنما تكون الدعوة مضافة إلى المملوك إذا كان مأذونا حتى تكون الضيافة متحدة بكون الدعوة مضافة إلى المملوك إذا كان مأذونا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٤٩٢) عن معمر، عن الزهري، وهشام بن عروة. و«أحمد» ١٠٦/٦ (٢٥٢٥٦) قال: حدثنا مؤمل، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي ١٢١/٦ (٢٥٤١٥) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا مهدي، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ١٦٧/٦ (٢٥٨٥٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري (ح) وعن هشام بن عروة. وفي ٢٦٠/٦ (٢٦٧٦٩) قال: حدثنا يونس، وحسن، قالا: حدثنا مهدي، عن هشام بن عروة. و«عبد بن حميد» (١٤٨٣) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري، وهشام بن عروة. و«البخاري» في «الأدب المفرد» (٥٣٩) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، عن هشام بن عروة. وفي (٥٤٠) قال: حدثنا إسحاق، قال: أخبرنا عبد الله بن الوليد، عن سفيان، عن هشام. و«أبو يعلى» (٤٦٥٣) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا عمر بن علي، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٤٨٧٦) قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، قال: حدثنا هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٥٦٧٦) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا حسين بن مهدي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٥٦٧٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٦٤٤٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن هشام بن عروة.

كلاهما: (ابن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

حتى تكون الضيافة متحدة من كسبه فتكون مضافة إليه، وفيه دليل أن العبد المأذون يملك الضيافة اليسيرة المعتادة فيما بين التجار فيكون حجة على الشافعي، وفيه دليل على غاية تواضع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكمال خلقه وحسن شيمته ورفعة سريرته، فإن إجابة دعوة المملوك وركوب الحمار وحلب الشاة غاية في التواضع والتبرؤ من التجبر والترفع، ولهذا قال عليه السلام: "**برئ من الكبر من ركب الحمار واعتقل العنز** - أي ربطها على باب داره - **ولبس الصوف وأكل مع خادمه وعياله وأجاب دعوة المملوك وحمل متاعه من السوق إلى بيته بيده**"، ولهذا قيل عادات السادات سادات العادات ومن سادات العادات التواضع.

وروى محمد رحمه الله بإسناده عن أبي صالح أنه كان للعباس بن عبد المطلب رضي الله عنه عشرون عبدا كل عبد منهم يتجر بعشرة آلاف درهم، والظاهر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالمًا بصنيع عمه وتجارة عبيده كانت مشهورة فيما بينهم لا يخفى عليه وعلى أصحابه ولم يرد منهم النكير فدل ذلك على جوازه، ولأن العبد أهل لمباشرة التجارات وإصدار التصرفات لكونه عاقلا مميزا ناطقا معبرًا والمولى محتاج إلى الاستكتاب والاسترباح وبإرسال العبيد وتصريفهم في الأسفار تجلب الأموال فصار المولى بالإذن الذي هو إطلاق وفك الحجر يستعمل للعبد وفي اكتساب الأموال واستجلاب المنافع والأرباح كما لو استعمل عبده في الاحتطاب والاحتشاش والإيهاب.

وأما تفسيره: فالإذن هو الإطلاق؛ لأن ضد الحجر والحجر عبارة عن المنع والزجر فيكون الإذن عبارة عن الإطلاق وفك الحجر.

وأما ركنه: فقول المولى لعبده: أديت لك في التجارة.

وأما شرط جوازه: قولانه الإذن على المأذون حجرًا وإطلاقًا منعًا وإسقاطًا وكون المأذون عاقلًا مميزًا عالمًا عارفًا بما يأذن له.

وأما حكمه شريعة: ففك الحجر وإطلاق التصرف فيصير بالإذن كالأحرار في حق التصرفات.

وعند زفر والشافعي الإذن إنابة وتفويض كالتوكيل؛ لأن العبد متصرف للمولى

بدليل أن حكم تصرفه يقع للمولى والتصرف يراد بحكمه فيقع لمن يقع له حكمه فصار كالوكيل والمضارب.

والصحيح قولنا؛ لأن العبد متصرف لنفسه؛ لأنه مالك للتصرف قبل التصريح بالإذن لقيام أهليته بأصل فطرته وخلقته، فإن التصرف عبارة عن الكلام المنتظم المعتبر شرعا سببا يحصل الملك وهذا يبيحه العقل والنطق الذي هو ملاك التكاليف لما عرف فبقي العبد على الجزية الأصلية في حق مالكية التصرفات، وإنما احتيج إلى أذن المولى في نفاذ التصرفات لأنه ربما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمولى بأن يتعلق الدين برقبته استيفاء والرقبة مملوكة للمولى، ولهذا يملك أن يبيعه من مولاه ويشتري منه، ولهذا يطالب بإيفاء الثمن على وجه امتنع أن يحبس ولا يرجع بالثمن على المولى، فإذا بيع في الدين لا يرجع بالزيادة على المولى لكنه يخاطب بأدائه بعد العتق.

ولو كان مشتريًا للمولى لا لنفسه لكان يرجع بجميع ذلك على المولى كما في الوكيل وهذا؛ لأن الملك أمر حكمي يعرف بأثره وبعض آثاره ظاهرة في حق العبد وبعضها بادية في حق مولاه على اعتبار أنه قائم مقام العبد في الملك لكونه أقرب الناس إليه كما في الديّة يجب بدلا عن ذمة المنفي على أصل الجزية وملك المولى استيفاءها بطريق الخلافة عنه قائمًا مقامه، والله أعلم.

(باب ما يقع به الإذن وما لا يقع)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الإذن صريحًا.

والثاني: في الإذن دلالة.

(فصل)

الإذن نوعان: عام، وخاص.

أما الإذن العام: بأن يقول لعبده: أذنت لك في التجارة صار مأذونا في جميع

التجارات، ولو أذن في نوع خاص منها صار مأذونا في جميعها أيضًا، وكذا لو قال: أذنت لك في الخياطة أو الصناعة أو في عمل آخر ذكره في أعمال التجارة فهو مأذون في جميع التجارات والحرف، وكذا لو قال: لك أن تتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه حجرا عاما، وكذا لو قال: اتجر في البر ولا تتجر لا يصح نهيه ويصير مأذونا في التجارة كلها.

وعند زفر والشافعي يقتصر على ما سمى بناء على أن عندهما الإذن تمليك التصرف وتفويضه فيملك بقدر تفويضه كالوكيل والمضارب. وعندنا: إسقاط الحق وفك الحجر ليصير المولى بالإذن صريحًا راضيا بالضرر لا لتمليك التصرف لما بينا؛ لأنه لو نفذ تصرفه عسى يتعدى إلى مال المولى، فإنه عسى يتعلق الثمن برقبته أو كسبه عند تغير السلعة وهلاكها أو بخسران يتحقق في التجارة فيتضرر المولى بذلك فشرطنا التصريح بالإذن ليصير راضيًا بالضرر وهذا الضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع من جنس واحد فلا يكون التقييد بنوع مفيدا فلغى فنفى قوله اتجر.

ولو قال: اتجر يصير راضيًا بالضرر في جميع الأنواع فكذا هذا.

ولو قال: أد لي الغلة، أو قال: إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر، وقال: أد إلي وأنت حر، صار مأذونا في التجارة؛ لأن أمره بأداء الغلة، وأداء الألف وتحريضه على ذلك بتعليق العتق بأداء الألف، ولا يتهيأ له أداء ذلك إلا بالكسب، فصار كأنه قال: اكتسب وأد ذلك، ولو قال ذلك صار مأذونا في التجارة؛ لأن التجارة اكتساب مال فكذا هذا وقوله أد إلي ألفًا وأنت حر بمنزلة قوله إن أديت فأنت حر؛ لأن جواب الأمر بالواو يكون كجواب الشرط بالفاء، فأما إذا قال: أد فأنت حر عتق للحال.

ولو قال له أجر هذا العبد يصير مأذونا في الإجارة؛ لأنه فوض إليه عقودًا مكررة؛ لأن الربح إنما يحصل بعقود مكررة.

ولو أذن لعبده فلم يعلم العبد ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه؛ لأن الإذن إنما يتحقق بالإعلام؛ لأن الإذن مأخوذ من الأذان وهو الإعلام والإعلام لا يتحقق إلا بعد العلم.

ولو قال لقوم بايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون.

وذكر في (**الزيادات**): ولو قال الرجل: بع عبدك هذا من ابني وهو صغير عاقل فباعه منه وقبل الابن إن علم بأمر الأب جاز، وإن لم يعلم لم يجز قبل المسألة على الروايتين، ووجه الروايتين ذكرناه في كتاب البيوع وقيل بين المسلمين فرق وهو الظاهر. والفرق أن في مسألة الزيادات إذن الصبي توكيل وليس بإذن في التجارة؛ لأنه فوض إليه عقدًا واحدا وبتفويض عقد واحد لا يثبت الإذن في التجارة، كما لو قال لعبده بع عبدي من فلان أو اشتر منه ثوبًا لا يصير مأذونا لما يأتي. والتوكيل لا يصح ما لم يعلم الوكيل. وفي مسألة المأذون هذا أذن لعبده في التجارة لا بوكيل؛ لأنه فوض إليه عقودا مكررة، فإنه قال بايعوا عبدي ومبنى الإذن على السهولة والبيعة حتى يثبت بالسكوت وبالدلالة فيجوز أن يثبت الإذن ضمنا للآمر بالمبايعة مع عبده والصبي بدون علمه، وإن لم يثبت مقصودًا كعزل الوكيل يثبت ضمنًا لبيع الموكل وكالبيع يصح من غير إيجاب وقبول ضمنا للآمر بالعتق، وإن لم يصح مقصودًا فكذا هذا.

ولو لم يبايعه أحد وباع منه من لم يأمره لم يصر مأذونا؛ لأن إذن العبد بما يثبت في ضمن مبايعة من أمرهم المولى بالمبايعة معه ولم توجد مبايعة المأمور معه فلا يثبت الإذن بمبايعة غير المأمور حصل في حالة الحجر فلم يعتبر، فإن باعه بعد ذلك من أمر بمبايعته صار مأذونا مطلقا في حق كافة الناس؛ لأنه وجد ما هو متضمن الإذن ومقتضى له.

وأما الإذن الخاص لو أمره بشراء ثوب له للكسوة أو لحم أو بقل أو غيره من الطعام فهو مأذون فيه خاصة؛ لأن هذا التصرف استخدام معنى، وإن كان تجارة صورة؛ لأن الأمر بشراء الطعام والكسوة ونحوه يصار إليه لدفع حاجة الوقت لا للاسترباح والتجارة اسم لما يصار إليه للاسترباح فلا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو أن الأمر بعقد مرة يعد استخداما والأمر بعقود مكررة يعد تجارة؛ لأن الأول لحاجة الوقت وهذا للاسترباح، ولأنا لو فتحنا باب التصرف بمثل هذا يسد باب الاستخدام أصلا؛ لأنه لو صار مأذونا بالإذن له بشراء اللحم أو البقل بفلس لا يقدم أحد على استخدام مملوكه في التجارة.

ولو قال لعبده: أجر نفسك من فلان فهو مأذون قياسًا؛ لأن الإجارة تجارة، كما لو قال: أجر نفسك من الناس في عمل كذا فهو محجور استحسانًا؛ لأن هذا استخدام عرفا لأنه فوض إليه عقدا واحدا ولم يفوض إليه الرأي والتدبير فمن تعاقد معه بخلاف ما لو قال: أجر نفسك في الناس؛ لأنه فوض إليه عقودًا مكررة.

وكذلك لو قال: بع هذا الثوب من فلان أو اشتر ثوبا من فلان؛ لأنه فوض إليه عقدا واحدا.

ولو قال: بع هذا الثوب أو اشتر ثوبا يريد به الربح التجارة كان إذنا؛ لأنه فوض إليه عقودا مكررة.

وكذلك لو قال: بع واشتر، وذكر محمد في (النوادر): لو قال: أجر نفسك ليتجر له صار مأذونا بقوله ليتجر له؛ لأنه أذن له بأن يعقد عقودًا مكررة له من التجارات لما أمره ليتجر له بخلاف قوله أجر عبده من رجل يبيع له البر جاز وصار العبد مأذونا في التجارة؛ لأنه أجر ليتأسد عقودا مكررة من التجارة لغيره وصار وكيلًا عن المستأجر وما اشترى لنفسه يكون جائزا؛ لأنه مأذون له في التجارة بخلاف ما لو أجره منه ليخدمه؛ لأنه فوض إليه عقدًا واحدًا ومع أنه نص على استخدامه فيكون أمرًا بالاستخدام.

ولو دفع إليه حمارا يستقي عليه المسألة أو يجرانه بغير ثمن لم يكن إذنا؛ لأنه لم يأذن له في التجارة إنما أذن له في الحمل لا غير والإذن بالحمل استخدام.

ولو دفع إليه حمارا يكريه ويبيع عليه الماء صار مأذونًا؛ لأنه فوّض إليه عقودًا مكررة من التجارات، فإنه يبيع الماء من الناس مرة بعد أخرى.

ولو أذن له يومًا واحدًا ثم هو محجور عليه كان إذنًا عامًّا؛ لأن حجره معلق بمضي الوقت وتعليق الحجر بالشروط باطل.

ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت مأذون في التجارة، لم يصح وتعليق الحجر بالشرط باطل؛ لأن الإذن إطلاق أو إخراج من الحجر والقيد وإسقاط له فكان له كالطلاق وتعليق الطلاق بالشرط وأضافها إلى وقت في المستقبل جائز، فكذلك الإذن فأما الحجر والعزل تقييد وحجر عن الإطلاق فكان كالنكاح وتعليق

النكاح بالحظر وإضافته إلى المستقبل باطل؛ لأنه بمعنى التمليك وتعليق التمليكات بالأحظار باطل وصار كالوكالة يصح تعليقها بالشرط ولا يصح تعليق عزلها بالشرط.

(فصل)

ومن رأى عبده يبيع ويشتري فسكت صار مأذونا خلافًا لزفر والشافعي، ولا يجوز بيع تلك العين إن كانت من مال المولى.

لهما: أن السكوت يحتمل السخط والاستهانة، ويحتمل الإذن والاستعانة، والمحتمل لا يكون دليلًا على أحد محتملاته، ولهذا لم يكن دليلًا على الإذن في هذا البيع، فكيف يكون دليلا في بيع آخر؟!.

لنا: أنه جعل سكوته إذنًا منه دلالة دفعًا لضرر الغرور عن الناس لأنهم بنوا الأمر على ما يصلح دليلًا على الرضا إذ لو لم يكن المولى راضيًا لما سكت عرفًا، ولا يترك الناس يقتحمون موارد الضرر؛ لأن الأسواق فتحت أبوابها على أن يكون فيها عبيد تتجر ولا يمكنهم الاستعلام من مولاهم لغيبته أو لبعده أو لكونه ذا سلطان وجاه عريض لا يصلون إليه إلا بنوع عسر وضرب حرج، فإذا بايعوهم تقع أموالهم في أيدي العبيد وربما يتصل به إتلافهم فتحتبس حقوقهم في ذمتهم إلى ما بعد العتق فتتوى حقوقهم ودفع الضرر واجب فجعل سكوت المولى إذنًا دلالة دفعًا للضرر عن الناس.

وأما التصرف الذي عاينه المولى فسكت إن كان شرًا ينفذ لأن المولى لا يتضرر به لأنه إن وجب الثمن عليه دخل المبيع في ملكه فيكون هذا ضررًا يقابله يقع للحال وضرر سائر الناس ضرر لا يقابله يقع الحال فكان ضرر المولى أقل فجعل سكوته إذنا؛ لأنه يزول ملكه عن عين ماله وللناس رغائب وأعراض في الأعيان ولا ضرر للمشتري معنى؛ لأنه يحرز ملكه فيبقى الثمن على ملكه فلم يجعل سكوته إذنا في هذا البيع دفعًا لأعلى الضررين، ولو رآه يتزوج أو رأى أمته زوجت نفسها فسكت اختلف المشايخ فيه والصحيح لا يصير مأذونا؛ لأن الإنكاح ملك السيد على عبده، ولهذا ملك إجباره على النكاح وزوال ملك التصرف كزوال ملك العين

فصار كما لو باع عينا من أعيان ماله، ولأن ما يلحق المرأة من الضرر أكبر؛ لأنه يزول ملكها عن منافع بضعها للحال ومنافع البضع في حكم العين وما يلحق العبد من الضرر بالدخول موهوم. ومن باع من عبده شيئًا كان إذنا له في التجارة؛ لأنه لو رآه يتجر كان إذنا له في التجارة؛ لأنه لو رآه يتجر كان إذنا فالمبايعة في إثبات الإذن أقوى من السكوت؛ لأن المبايعة تكون إذنا سبقه النهي أو لم يسبقه والسكوت لا يكون إذنا إذا سبقه نهي صريحًا فيما إذا كان العبد كله له؛ لأن المبايعة معه إذن صريحًا؛ لأنه أمر إياه بقبول البيع نصًا فكان بمنزلة صريح الإذن وصريح الإذن صحيح وإن سبقه ما يوجب نفي الإذن.

ولو رآه يبيع مال الأجنبي بغير إذن المولى ولا نهاه صار مأذونا والعهدة على العبد، وإن لم يره المولى جاز البيع والعهدة على صاحب المتاع أما جواز البيع؛ لأنه يأذن صاحب المتاع وأما العهدة على العبد؛ لأن سكوت المولى حال ما يرى عبده يتجر ويعرض على البيع ولم ينهه عن ذلك جعل إذنا له في التجارة، وإذا صار مأذونا بالتجارة فعهدة البيع الصادر من المأذون عليه، فإذا لم يره لم يصر مأذونا وعهده البيع الصادر عن العبد المحجور متى يوكل عن غيره على الموكل لا عليه؛ لأن فيه ضررا على المولى.

ولو اشترى عبدا على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فهو رضاء بالبيع لحقه دين ولا قبضه ولم يقبضه، ولو باع على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه، فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا، فإن تم البيع فهو محجور عليه. والفرق أن الإذن مما لا ينافى خيار البائع؛ لأن الإذن مع خياره يجتمعان ويفترقان، فإن من باع عبدًا مأذونًا على أنه بالخيار وبقي العبد مأذونا في مدة الخيار، فإن لم يكن إذن البائع منافيا خياره فبقي خياره، فأما الإذن مع خيار المشتري لا يجتمعان، فإن من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الإذن فكان إذن المشتري منافيا لخياره فيسقط خياره، فإن كان العبد اكتسب شيئًا فهو للمشتري وإن كسبه بعد القبض طاب له وقبل القبض يصدق به وقيل هذا عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: الكسب للبائع وحبسه في الزيادات وقد ذكرناه في كتاب البيوع في باب اكتساب المبيع.

(باب من يملك الإذن ومن لا يملك)

(المبسوط): ومن له ولاية التجارة يصح إذنه للعبد فهنا كالمكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة أو عيانا والأب والجد أب الأب والقاضي والوالي الذي يستعمل القاضي؛ لأن لهؤلاء ولاية التصرف في التجارة في عبيدهم وفي أموالهم للصغار فيكون لهم ولاية الإذن لهم؛ لأن ولاية الإذن مبنية على ولاية التجارة في مال الصغير فلا يكون لهم ولاية الإذن بالتجارة.

ويجوز الإذن للصبي العاقل في التجارة من وليه من القاضي ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد، وكذلك لو باع الصبي أو اشترى بغير إذن وليه فأجاز وليه ينفذ، وقال الشافعي: تصرفه باطل.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد الله بن جعفر وكان صبيًا، وهو يبيع، وكان قد أخذ من العمر في البيع فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له وقال: "**بارك الله في صفقتك**"[(١)]، فقد مدح صفقته ووصفها بالبركة دل أن صفقته معتبرة شرعًا، ولأن الصبي عاقل مميز له عبارة صحيحة مشعرة بالبيان فوجب أن ينعقد تصرفه قبل الإذن في نفس الانعقاد يقع فخص له لما فيه من اعتبار تصرفه وتصحيح عبارته، وإنما لم ينفذ قبل إذن المولى لتوهم الضرر، لأن الصبي وإن كان عاقلا ولكن عاقل وأهل يصدُر من الغبن فيه؛ لأن انتفاء الغبن[(٢)] بكثرة

---

(١) أخرجه أبو يعلى (١٤٦٧) قال: حدثنا أبو سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن داود، عن فطر، عن أبيه، فذكره.

(٢) الغبن لغة: الْغَيْنُ، وَالْبَاءُ، وَالنُّونُ، كَلِمَةٌ تَدُلُّ عَلَى ضَعْفٍ وَاهْتِضَامٍ. يُقَالُ غُبِنَ الرَّجُلُ فِي بَيْعِهِ، فَهُوَ يُغْبَنُ غَبْنًا، وَذَلِكَ إِذَا اهْتُضِمَ فِيهِ. وَغَبَنَ فِي رَأْيِهِ، وَذَلِكَ إِذَا ضَعُفَ رَأْيُهُ. وَالْقِيَاسُ فِي الْكَلِمَتَيْنِ وَاحِدٌ. [معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ٤/٤١١].

أمّا في الاصطلاح الشرعي: عندما نتكلم عن حَدّ الغبن، نجد تعريفات لعلماء الشرع، منها:

أ- تعريف القاضي عياض: الْغبن فِي الْبيُوع بِسُكُون الْبَاء إذا أَخذ شَيْئه مِنْهُ بِدُونِ عوضه وَأَصله النَّقْص [مشارق الأنوار على صحاح الآثار للقاضي عياض، ٢/١٢٨].

ب- تعريف الفيومي الغبن بأنه: غَبْنٌ فَاحِشٌ إذَا جَاوَزَت الزِّيَادَةُ مَا يُعْتَادُ مِثْلُهُ [المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، ٢/٤٣٦].

=

=

ج- تعريف ابن عابدين: الْغَبْنَ الْفَاحِشَ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ [حاشية ابن عابدين، ٢٥١/١].

وقد انتهيت بعد التأمل في التعريفات السابقة للغبن إلى تعريفه بما يلي:

فالغبن اصطلاحًا: "انتقاص مالي من حق البائع أو المشتري"، والسبب فيه عدم خبرة كل من البائع والمشتري، بحيث يخرج العقد عن حدود التعامل المثلي المعتاد في العرف التجاري السائد، يرجع في تحديده للعرف ولأهل الخبرة.

وأسباب عدم الخبرة كثيرة:

- كون أحد الأطراف قاصرًا كاليتيم، وتصرف وصيه بغبن فاحش لحق به.

- عدم خبرة أحد أطراف العقد بالعرف التجاري، وتقويم الأسعار.

- استخدام أحد أطراف العقد التغرير لتتم الصفقة له.

والغبن اليسير مغتفر، ولا تكاد تخلو منه المعاملات، أما الغبن الفاحش فطريق معرفته العرف والعادة، فأما السادة الحنفية فيضبطون تحديد الفحش بتقويم المقومين فما دخل تحت تقويم المقومين فيسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين يعدّ فاحشًا.

ويقصدون بما يدخل تحت تقويم المقومين، ما يتناوله تقدير الخبراء كشراء شيء بعشرة، ثم يقدره خبير بثمانية أو تسعة أو عشرة مثلًا، فهذا غبن يسير.

ويقصدون بما لا يدخل تحت تقويم المقومين، ما لو وقع البيع بعشرة مثلًا، وقال بعض المقومين: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد. وقدرته مجلة الأحكام العدلية في مادة (١٦٥) عملًا برأي نصر بن يحيى بأنه نصف العشر أي (٥%) في العروض التجارية، والعشر أي (١٠%) في الحيوانات، والخمس أي (٢٠%) في العقار، أو زيادة. [الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ٥٧٦/٤].

حكم الغبن وأثره في العقد:

الأصل في الغبن أنه ممنوع ومحرم ديانة، قال ابن العربي: "الْغَبْنُ فِي الدُّنْيَا مَمْنُوعٌ بِإِجْمَاعٍ فِي حُكْمِ الدُّنْيَا؛ إذْ هُوَ مِنْ بَابِ الْخِدَاعِ الْمُحَرَّمِ شَرْعًا فِي كُلِّ مِلَّةٍ"، [أحكام القرآن لابن العربي، ٢٦١/٤]، لكن ليس كل غبن مؤثرًا عند الفقهاء، وخاصة عند أهلية المشتري والبائع وعدم ممارسة التغرير، فالأصل نفاذ العقد، قال النووي رحمه الله: "مجرد الغبن، لا يثبت الخيار وإن تفاحش. ولو اشترى زجاجة بثمن كثير يتوهمها جوهرة، فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة" [روضة الطالبين للنووي، ٤٧٣/٣].

=

الملابسة والممارسة والصبي ربما يغبن فيه لقلة التجربة والممارسة، والصبا سبب داعٍ إلى النظر والشرع نظر له [بأن لم ينفذ تصرفه إلا بإذن المولى تكميلا للنظر له ودفعا لوهم الضرر عنه، فإذا أذن له](١) المولى ولا يحل له الإذن إلا إذا آنس رشده ورآه مهتديا في التصرفات ويتعرف عن تصرفاته، فإن وجده كما يرضيه يأذن له فاستدللنا بإذن المولى على أنه رشيد مهتد في التجارات فزال وهم الضرر عن تصرفه فنفذ.

ولو أعتق الصبي عبده وطلق امرأته وأجاز وليه ما صنع لم يجز، فإن قال بعد البلوغ أوقعت ذلك العين أو الطلاق وقع.

ولو قال: أجزت ذلك لم يجز؛ لأنه أجاز عقدا لم يكن له مخير حال وقوعه فبطلت الإجارة، فأما قوله: أوقعت ذلك إيقاع مستأنف وأنشأ محدد وهو تملك الإيقاع المستأنف والإنشاء المحدد للحال فوقع. وإذن الأب للمعتوه الكبير الذي يعقد البيع والشراء صحيح، فإذن الابن له باطل؛ لأن للأب ولاية التصرف في ماله؛ لأنه كامل الرأي وأقر الشفقة فتثبت له الولاية في النفس والمال جميعًا وأما ليس للابن ولاية التصرف في مال الأب المعتوه وتثبت له الولاية في النفس؛ لأنه إن كان كامل الرأي فهو قاصر الشفقة في حق مال الأب فصار كالأخ والعم.

(باب الحَجر [وما يبطل الإذن](٢) وما لا يبطله)

(المبسوط) مسائله على فصول:

فصل: في الحجر قولًا.

وفصل: في الحجر فعلًا.

=

وجاء في [مجلة الأحكام العدلية المادّة ٣٥٦]: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير؛ فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (س).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وفصل: في حجر عبيد العبد المأذون.

(فصل)

أصله: أن الحجر الخاص لا يرد على الإذن العام ويرد على الإذن الخاص، أما الحجر الخاص لا يرد على الإذن العام بأن حجر عليه مستترا فخصا في بيته بعد أن استفاض الإذن واشتهر لا يصح إلا إذا علم الأكثر من أهل سوقه دفعا للغرور والضرر عن الناس يبايعونه بناء على أنه مأذون له في التجارة فاقد التصرف صحيح التجارة فمتى صح الحجر خفية وسرًا يتاجر استيفاء حقوقهم إلى ما بعد العتق من غير رضاهم فيلحقهم غرر وضرر وذلك منفيان في الإسلام وصار كالأمان متى استفاض واشتهر لا يصح النبذ والحفر سرا نفيا للغدر والخيانة عن الكفار فهذا أولى.

وأما الحجر الخاص يرد على الإذن الخاص بأن أذن له بمحضر من رجل أو رجلين أو ثلاثة فحجره بمحضر من هؤلاء يصح؛ لأن الحجر مثل الإذن وارتفاع الإذن بحجر مثله لا يؤدي إلى الغرور والضرر بأحد كما في الأمان الخاص يرفعه بنبذ خاص مثله صح، وإن أذن العبد يجب عليه العبد لا عين، فإن حجره بمحضر منه صح، وإن لم يكن بمحضر منه لا يصح نفيا للغرور والضرر عن العبد؛ لأن العبد متى لم يعلم بالحجر، فإنه يبايع مع الناس على تقدير أنه مأذون، فإن الديون التي تجب عليه تستوفى من مال المولى من كسبه ورقبته ومتى صح الحجر بدون علمه تتأخر الديون إلى ما بعد العتق فتستوفى من خالص ماله ولم يرض العبد بذلك فيلحقه ضرر وغرر وصار كعزل الوكيل فكذا هذا.

وإذا حجر على عبده المأذون في بيته دون جماعة من أهل سوقه لم يجز حجره؛ لأنه حجر خاص فلا يرفع الإذن العام فبقي مأذونًا في حق من علم بالحجر ومن لم يعلم، وإن كان لا يلحق من علم بالحجر ضرر؛ لأن الإذن مما لا يتحرى، فإذا بقي مأذونا في حق من لم يعلم لئلا يلحقهم ضرر وغرر بقي مأذونا في حق من علم ضرورة عدم التحري.

وكذلك إذا علم بالحجر واحد من أهل سوقه؛ لأنه حجر خفي غير منتشر، فإن

علم به الأكثر من أهل سوقه يصح حجره؛ لأن تبليغ الحجر إلى كل واحد من آحاد أهل السوق متعسر فأقمنا التبليغ إلى الأكثر منهم مقام التبليغ إلى الكل نفيًا للحرج عن المبلغ، وصار تبليغه إلى الأكثر كتبليغه إلى الكل كما في تبليغ الوحي.

ولو كان العبد غائبًا لا ينفذ الحجر عليه ما لم يعلم أن التبليغ إلى العبد ليس ساق معتبر فما لم يعلم العبد بالحجر لا يصح كي لا يلحقه ضرر وغرر.

ولو أذن فلم يعلم به أهل سوقه ثم حجر عليه قبل علمهم بإذنه جاز حجره، ولو علموا بالإذن بعد حجره لا يصح تصرفه؛ لأن هذا حجر خاص ورد على إذن خاص؛ لأن الإذن كان بمحضر من العبد لا غير والحجر بمحضر منه أيضًا فصح.

ولو رآه المولى يبيع ويشتري بعدما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر يبقى مأذونا استحسانًا ويصير محجورًا قياسًا؛ لأن العبد صار مأذونا وسكوت المولى إنما جعل إذنا إذا كان محجورا عليه نفيا للضرر عن الناس، فإذا كان مأذونا فلا حاجة إلى جعل السكوت إذنا من المولى.

وجه الاستحسان: أن سكوت المولى حال رؤية عبده يبيع ويشتري مما يرفع الحجر الثابت فلأن يرفع الموقوف أولى كما لو صرح المولى بالإذن بعدما حجر عليه ولم يعلم العبد به ثم علم بالحجر لا يعمل الحجر؛ لأن صريح الإذن مما يرفع الحجر الثابت فيرفع الحجر الموقوف بطريق الأولى، ولأن سكوته حال ما يبيع ويشتري رجوع عن الحجر دلالة؛ لأنه لو كان المولى على الحجر المتقدم لكان ينهى عبده عن البيع والشراء فدل تركه نهيه حال رؤيته يتجر على أنه ندم عن الحجر المتقدم فكان سكوته رجوعًا عن الحجر دلالة.

ولو أرسل إليه صبيا يخبره بحجره أو كتب إليه صار محجورًا عليه؛ لأن الرسالة والكتاب من الغائب بمنزلة المخاطبة والمشافهة من الحاضر للأعيان قد يبدوا له حجر عبده حتى لا يستغرق رقبته وكسبه بالدين وربما لا يجد عدلا أو اثنين فيبعث إليه ليعلمه بالحجر فلو قلنا بأنه لا يتحجر متى كان الرسول فاسقا أو صبيا أو عبدا أدى إلى إبطال حقوق الناس فلهذه الضرورة لم يشترط العدالة والعدد في الرسول، وإن أخبره بالحجر رجل أو صبي على غير رسالة لم يكن حجرا حتى يخبره رجلان

أو رجل عدل يعرفه العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يصير محجورا رجلا كان المخبر أو صبيا أو امرأة أو فاسقا بعد أن كان صادقا، فإن مجيء المولى ويقر بالحجر، فأما إذا أنكر الحجر لا يصير محجورا، وكذلك عزل الوكيل وخبر المولى جناية العبد وخبر البكر بالنكاح وخبر الشفيع بالبيع لا يثبت إلا بخبر عدل أو رجلان خلافًا لهما وقدمت في كتاب الوكالة والنكاح.

(فصل)

وإذا مات مولى العبد أو باع العبد صار محجورا عليه، وإن لم يعلم أهل سوقه؛ لأن بزوال العبد عن ملك المولى صار العبد محجورا؛ لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء، ولهذا لو جن المولى انحجر العبد، فإذا لم يملك إنشاء الإذن بعد زوال العبيد عن ملكه إلا بملك إنفاقه فلا يبقى.

وإن كان على العبد دين فباعه بغير إذن الغرماء لا يصير محجورا؛ لأن البيع وقع فاسدا والبيع الفاسد لا يزيل الملك إلا بالقبض فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجورا وهذا الحجر ثبت ضمنا وحكما لا مقصودًا وقد يثبت الشيء ضمنًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا كعزل الوكيل.

وكذلك لو زال عن ملكه بالهبة وغيرها، فإن عاد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع في الهبة لا يعود إلى الإذن بخلاف الوكيل بالبيع، فإذا باعه الموكل ثم عاد العبد إلى ملكه تعود الوكالة حتى يملك الوكيل بيعه. والفرق أن المقصود من الإذن فك الحجر وقد انفك الحجر بتعيين الإذن بحيث لا يعود؛ لأن فك الحجر إسقاط الحجر وإزالة العبد كالطلاق والعتاق وما سقط بلا شيء واضمحل فعوده لا يتصور، فأما مقصود الموكل من التوكيل بيع الوكيل ولم يبع وكذا مقصوده من الرد بالعيب استرجاع الثمن ورد المبيع وهذا غير حاصل فجاز أن تعود الوكالة متى عاد إليه قديم ملكه.

ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجورا؛ لأن البيع الفاسد لا يزيل الملك إلا بالقبض وما لم يزل عن ملكه لا يصير محجورا عليه، ولو قبضه ثم رده على البائع فهو على حجره لما بينا. ولو باعه بميتة أو دم فهو على

إذنه وإن قبضه؛ لأنه لا يزول عن ملكه؛ لأن البيع بميتة أو دم غير منعقد، ولو قبضه المشتري في البيع بالخمر بمحضر البائع بغير إذنه صار محجورا ولو تفرقا ثم قبضه بغير إذنه لم يصر محجورا؛ لأن القبض في البيع الفاسد من وجه بمنزلة القبول؛ لأنه لا يفيد الملك إلا بالقبض كالقبول في البيع الجائز ثم إيجاب البيع إذن للمشتري بالقبول في المجلس دلالة فيكون إذنا له بقبض المشتري شراء فاسدا في المجلس دلالة وبعد المجلس لا يكون إذنًا بالقبول فلا يكون إذنا بالقبض لما بينا في البيوع.

ولو أمره بقبضه فقبضه بمحضر منه أو بعد التفرق صار محجورًا عليه؛ لأنه يزول عن ملكه والقبض في الهبة بحضرته أو بعدما تفرقا على هذا المثال، وإن باعه صحيحًا على أن البائع بالخيار لا يصير محجورًا ما لم يتم البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فما لم يتم للبيع سقوط الخيار لا يزول العبد عن ملكه ولم يذكر أنه يصير محجورًا من وقت البيع أو من وقت الإجارة، قيل: يصير محجورًا من وقت البيع؛ لأن الملك يستند إليه، وقال مشايخ بلخ: يصير محجورًا من وقت الإجارة وهو الأصح وإليه أشار في الكتاب فقال: متى أجاز البائع البيع يصير العبد محجورًا؛ لأن الإجارة في حق الحجر متى استند إلى وقت البيع أدى إلى إبطال حق من بائع العبد في مدة الخيار؛ لأن العبد بقي مأذونا في مدة الخيار، فإذا بايعه أحد في مدة الخيار يتعلق حقه برقبته وكسبه فمتى أسندنا الإجارة في حق الحجر إلى وقت البيع يبطل حق من بايعه والبائع لا يقدر على إبطال حق الغير فلهذه الضرورة اقتصرت الإجارة في حق الحجر على الحال، وإن كان الخيار للمشتري صار محجورا من وقت البيع؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال العبد عن ملك البائع حتى لو أعتقه لا ينفذ، ولو أبق المأذون صار محجورا عليه حتى لو تصرف لا يصح خلافًا للشافعي وهذا بناء على أن الإباق عنده لا يمنع ابتداء الإذن فلا يمنع البقاء وعندنا يمنع ابتداء الإذن فيمتنع البقاء؛ لأن المقصود من الإذن بالتجارة هو الاسترباح واستكساب المال بتصرف العبد ومع إباق العبد لا يتحقق الاسترباح والاستكساب؛ لأنه متمرد على مولاه فلا يكون متجرا له فعزا الإذن عن

الإفادة فلا يبقى، فإن عاد العبد من الإباق هل يعود مأذونا؛ لأنه إنما زال الإذن لانقطاع ولاية المولى عنه؛ لأن بقيام ولايته تتحقق فائدة الإذن ومقصوده فيعتبر زوال الولاية بزوال الملك عنه.

ولو زال الملك ثم عاد إلى قديم ملكه لا يعود الإذن فكذا إذا زالت ولايته عنه ثم عاد، فإن قال المشتري لم يأبق ولكن أرسله المولى وجحد المولى فالقول للمشتري والبينة أيضًا له؛ لأن المشتري متمسك بما هو الثابت في الأصل باتفاقهما فأيهما اتفقا على الإذن والمولى ادعى أمرًا عارضًا وهو زوال الإذن فكان القول قول المتمسك بالأصل كالغريم إذا ادعى البراءة وأنكر صاحب الدين كان القول له، وكذا هذا. وأما بينته فلأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت جواز البيع وبينة المولى بنفي جوازه والبينة على النفي لا تقبل.

ولو غصب العبد إن كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة حاضرة فلأنه يصح الإذن؛ لأنه بقي له إمكان الأخذ فلم تنقطع ولايته عنه، وإن كان الغاصب جاحدا ولم يكن له بينة عادلة لا يصح الإذن لزوال الولاية عنه، وإذا غصب رجل عبدا محجورا عليه ولا بينة للمولى يسترده وحلف الغاصب ثم تصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذونا؛ لأن سكوت المولى إذن حكما لا حقيقة.

ولو أذن له صريحًا والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الإذن فهذا أولى.

وإن أُسر العبد وأُحرز بدار الحرب صار محجورًا، وإن كان في دار الإسلام فهو على إذنه؛ لأن بالإحراز زال العبد عن ملكه فصار كما لو زال ملكه بالبيع، وقبل الإحراز بقي على ملكه، ولهذا لو أعتقه المولى يصح لأنهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون ببلدنا فصار بمنزلة ما لو غصبه رجل والغاصب مقر له وإن ارتد فتصرف ثم أسلم جاز، فإن قتل على ردته بطل عند أبي حنيفة، وقالا: لا يبطل، ولو كانت أمة جاز بالإجماع وهذا بناء على أن صحة إذنه ابتداء أو بقاء منوط بقيام ولاية البيع والتصرف فيه للمولى حتى لو زالت ولايته عنه على الثبات بالإباق ينحجر العبد وبردة العبد توقفت ولاية التصرف للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى لو باع العبد المرتد إن أسلم يفسد بيعه وإن قتل على الردة بطل فيتوقف الحجر أيضًا.

وعندهما: ولاية البيع لا تقف بالردة لا باتًّا ولا موقوفًا بخلاف الأمة؛ لأن بردتها لا تنقطع ولاية المولى عنها لا باتًّا ولا موقوفًا حتى لو باع ينفذ بيعه بالإجماع.

ولو ارتد المولى فتصرف عبده ثم قتل المولى لم يجز تصرف العبد عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافًا لهما، ولو أسلم جاز اتفاقا؛ لأن ولايته موقوفة عنده وعندهما باتة.

ومأذون المرتدة على إذنه ما لم يلتحق بدار الحرب ويقضي بلحاقها حتى لو رجعت قبل القضاء فالإذن باقٍ؛ لأن ولايتها قائمة قبل لحاقها وبعده أملاكها موقوفة وتصرفاتها مترددة متوقفة. وجنون المولى مطبقًا يوجب الحجر على العبد لزوال ولايته بجنونه فصار كموته، فإن كان يجن ويفيق فهو على إذنه؛ لأن ولايته لا تزول بهذا والجنون المطبق ما يستوعب السنة.

وقال أبو يوسف: أكثر السنة وقد مر في كتاب الصوم وموت الأب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى عبده وإن أوصى إلى آخر وعزل القاضي وموته لا يوجب حجر المأذون من جهته. والفرق أن إذن القاضي قضاء من وجه؛ لأنه صح منه باعتبار ولاية القضاء لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث إنه قضاء لا يبطل بموته فلم يبطل بالشك فأما إذن الأب إذن من كل وجه؛ لأنه يملك باعتبار ولايته فيبطل بزوال ولايته كالوكالة وإذن القاضي للصبي جائز وإن أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح؛ لا في حياة القاضي ولا بعد موته؛ لأن الإذن في التجارة حق الصبي بعد قتل الولي؛ لأنه مما ينتفع به، فإنه يهتدي بذلك إلى التصرفات، فإذا طلب من الأب وأبى صار عاضلا له فانتقلت الولاية إلى القاضي كالولي في النكاح إذا عضل[1] انتقلت الولاية إلى القاضي، وإذا صح الإذن من

---

(١) معنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه...

وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها...

فإن رغبت في كفء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها، وامتنع من تزويجها من الذي أرادته، كان عاضلا لها.

=

=

"فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك، ولا يكون عاضلا لها" انتهى من "المغني" (٩/٣٨٣).

والعضل محرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾﴾ البقرة/٢٣٢.

روى البخاري (٥٣٣١) عن الْحَسَن أَنَّ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ كَانَتْ أُخْتُهُ تَحْتَ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ثُمَّ خَلَّى عَنْهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ خَطَبَهَا فَحَمِيَ مَعْقِلٌ مِنْ ذَلِكَ أَنَفًا فَقَالَ خَلَّى عَنْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَيْهَا ثُمَّ يَخْطُبُهَا فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَرَأَ عَلَيْهِ فَتَرَكَ الْحَمِيَّةَ وَاسْتَقَادَ لِأَمْرِ اللَّهِ.

وعليه؛ فلا يجوز لولي المرأة أن يمنعها من الزواج بالكفء الذي رضيت به.

والأصل في الولي أنه حريص على مصلحة موليته، ولهذا قد يرد الخاطب لأسباب تتعلق بأخلاقه وسمعته، أو بأهله وأسرته، أو لغير ذلك، فينبغي حينئذ أن يبين سبب رفضه للخاطب، فإن كان سببا معقولا وجيها لم يكن عاضلا، وإن ردّه لغير سبب، أو لسبب غير معتبر، كان عاضلا، وربما حصل الخلاف في كون السبب معتبرا أو غير معتبر، وهذا يؤكد عدم التسرع في الحكم بالعضل، ولزوم التريث والسؤال والتأكد قبل تزويج المرأة، لا سيما إذا لم يكن لها أولياء آخرون.

ولأهمية أمر النكاح، وعظم الآثار المترتبة عليه، واحتمال الخطإ في دعوى العضل، ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه في حال العضل لا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، بل تنتقل إلى السلطان (القاضي)، وذهب جماعة آخرون إلى أن العضل لا يثبت إلا إذا تكرر ثلاث مرات.

جاء في "الموسوعة الفقهية الكويتية" (٣٠/١٤٤): "ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم، أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره.

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية: فعند الحنفية، والشافعية، والمالكية - عدا ابن القاسم - وفي رواية عن أحمد أن الولاية تنتقل إلى السلطان؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"؛ ولأن الولي قد امتنع ظلما من حقّ توجه عليه فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه. وروي ذلك

=

القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي؛ لأن الحجر فسخ الإذن، وإنما يصح من صح منه، وإن حجر القاضي عليه بعد عزله لم يصح حجره، وإنما حجره إلى القاضي الثاني؛ لأنه لم يبق للأول ولاية القضاء فلا يبقى له ولاية الحجر ويثبت للثاني ولاية القضاء فيثبت له ولاية الحجر.

ولو أذن الأب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الأب فهو حجر عليه؛ لأن الإذن من الأب صح في ملك الصبي فيزول بزوال ملك الصبي عن العبد، وإذا أدرك الصغير فيما دون ابنه على إذنه، ولو مات الأب بعدما أدرك الابن فالعبد على إذنه.

(فصل)

وإذا أذن العبد المأذون لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الأول، فإن كان على الأول دين ينحجر الثاني، وكذلك لو مات الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين لم ينحجر الثاني في الوجهين؛ لأنه متى كان على الأول دين لا يملك المولى إذن العبد الثاني فكان الإذن له إنما هو العبد الأول دون المولى فإذا زالت ولاية الأول بالحجر الحجر الثاني بمنزلة حر أذن لعبده ثم مات أو جن الحجر العبد لزوال ولاية الإذن وكذا هذا، وإذا لم يكن على الأول دين فالمولى يملك إذن العبد الثاني؛ لأنه يملك كسب المأذون فصار المولى إذنا للثاني حكما والعبد الأول أذن له حقيقة، ولو أذنا له حقيقة ثم الحجر العبد الأول، فإنه يبقى الثاني مأذونا بإذن المولى فكذا هذا.

=

عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه وشريح، لكن ذلك مقيد عند الشافعية بما إذا كان العضل دون ثلاث مرات.

والمذهب عند الحنابلة أنه إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، نص عليه أحمد؛ لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له" فيحمل على ما إذا عضل الكل؛ لأن قوله: "فإن اشتجروا" ضمير جمع يتناول الكل. وقال الشافعية: إذا تكرر العضل من الولي الأقرب، فإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للولي الأبعد، بناء على منع ولاية الفاسق؛ لأنه يفسق بتكرر العضل منه" انتهى.

ولو مات المولى كان حجرا على العبدين كان على الأول دين أو لم يكن؛ لأنه إن كان على الأول دين فالثاني مأذون من جهته الأول؛ لا من جهة المولى والأول قد انحجر بموت الأول فتحجر الثاني كما لو حجر المولى على الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين فالثاني مأذون من جهة الأول ومن جهة المولى جميعًا إلا أنه زالت ولاية الإذنين جميعًا لأحدهما بالموت وللآخر بالحجر بموت المولى فيثبت حجر الثاني ضرورة بخلاف ما لو حجر على الأول ولا دين عليه لا ينحجر الثاني؛ لأنه إن زالت ولاية الأول بالحجر بقيت ولاية المولى؛ لأنه حيٌّ مالك والمولى أذن له فبقي مأذونا من جهته ولا يجوز حجر المولى على مأذون مكاتبه؛ لأن الإذن لهذا العبد هو المكاتب دون المولى؛ لأنه لا يملك إلا بإذن لعبد مكاتبه في التجارة فلا يمكن أن يجعل المولى إذنا له يأذن العبد فلا يملك حجره.

وموت المكاتب وعجزه سواء، وسواء مات عن وفاء أو لا عن وفاء فهو حجر على ما دونه؛ لأن الإذن هو المكاتب دون المولى وقد زالت ولايته بالعجز وبالموت إن مات عن وفاء فلأنه بمنزلة حر أذن لعبده في التجارة ثم مات، وإن مات عاجزًا فهو بمنزلة عبد مأذون مات وعليه دين فينحجر كيفما كان.

وإن مات المكاتب عن ولد فأذن الولد لعبده في التجارة فإذنه باطل، وإن استقرض مالا فأدى المكاتبة عن أبيه؛ لأن التركة إن فرغت عن بدل الكتابة فقد اشتغلت بدين القرض؛ لأن ولد المكاتب قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه، والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث وعليه دين مستغرق وبه كفيل يتعلق بالتركة؛ لأن الكفيل قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث إلى الأصل في الإيفاء، وكذلك الحر إذا مات وعليه دين فأذن وارثه لعبده في التجارة لم يجز إذنه؛ لأن التركة إن فرغت عن دين الغرماء استغلت بدين الوارث؛ لأن الوارث في قضاء الدين لا يكون متبرعا؛ لأنه مطالب بذلك ولأنه يستخلص التركة لنفسه بذلك فيثبت له الرجوع بما أدى في التركة، والتركة ما دامت مستغرقة بالدين لا يملكها الوارث.

ولو وهب لهما رجل مالا فقضيا الدين جاز الإذن الأول، والصحيح أنه لا ينفذ من ولد الحر إلا أن يبرئ أباه أو يقضي دينه متطوعا فيقول عند أدائه أنه متبرع فحينئذ ينفذ الإذن الأول ويصح تصرف العبد قبل قضاء الدين وبعده. والفرق أن ولد المكاتب قضى بدل الكتابة من كسبه إلا إن كسب ولد المكاتب مملوك للمكاتب حتى لو كان له أن يأخذ منه حال حياته.

ولو أدى بدل الكتابة من كسب المكاتب كان تفرغ التركة عن الدين فكذا هذا فصح الإذن، فإن كان الأول قبل قضاء الدين؛ لأنه يملكه من وقت الموت متى قضى الدين لا من وقت قضاء الدين؛ لأن سبب ملكه قد تحقق وهو موت الأب إلا أنه لم يعمل عمله في إيجاب الملك لمانع، فإذا زال المانع عمل عمله في الإيجاب من حين وجد، ولهذا لو أعتقه الوارث ينفذ عتقه إذا قضى الدين بخلاف ابن الحر؛ لأن كسبه ملكه لا ملك أبيه فقد صار قاضيا دين أبيه من ملك نفسه فصار ما قضى دينا على أبيه، فالتركة إن فرغت عن دين الغرماء بقيت مشغولة بدين الابن وما دام في التركة دين مستغرق، فإنه لا يصح إذنه؛ لأنه لا يملكها إلا إذا أبرأ أباه أو قضى دينه متبرعا؛ لأنه فرغت التركة عن دين الغريم وعن دينه فملكها.

ولو لم يكن على أبيه الحر دين وكان الدين على المأذون فموته حجر وإن أذن الابن بعد موت الأب جاز.

وقال الحسن بن زياد: لا يصح إذنه وهو رواية عن أبي يوسف وهذا بناء على أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للوارث فيه عندنا لا يمنع خلافًا له.

وهي مسألة الأولى من الزيادات.

ولو قضى دين أبيه الحر من ماله ثم أذن لعبد أبيه لم يجز وإن أبرأ أباه جاز إذنه الأول لما عرف، وإذا أذن المضارب لعبد المضاربة لم يصح حجر رب المال عليه ثم العبد لا يملك التصرف إلا بما يملك المضارب التصرف؛ لأن حجره على مأذون المضارب كحجره، وحجره على المضارب لا يصح إلا إذا كان المال عروضا فكذا على مأذونه.

ولو وهب لهما رجل مالا فقضيا الدين جاز الإذن الأول، والصحيح أنه لا ينفذ من ولد الحر إلا أن يبرئ أباه أو يقضي دينه متطوعا فيقول عند أدائه أنه متبرع فحينئذ ينفذ الإذن الأول ويصح تصرف العبد قبل قضاء الدين وبعده. والفرق أن ولد المكاتب قضى بدل الكتابة من كسبه إلا إن كسب ولد المكاتب مملوك للمكاتب حتى لو كان له أن يأخذ منه حال حياته.

ولو أدى بدل الكتابة من كسب المكاتب كان تفرغ التركة عن الدين فكذا هذا فصح الإذن، فإن كان الأول قبل قضاء الدين؛ لأنه يملكه من وقت الموت متى قضى الدين لا من وقت قضاء الدين؛ لأن سبب ملكه قد تحقق وهو موت الأب إلا أنه لم يعمل عمله في إيجاب الملك لمانع، فإذا زال المانع عمل عمله في الإيجاب من حين وجد، ولهذا لو أعتقه الوارث ينفذ عتقه إذا قضى الدين بخلاف ابن الحر؛ لأن كسبه ملكه لا ملك أبيه فقد صار قاضيا دين أبيه من ملك نفسه فصار ما قضى دينا على أبيه، فالتركة إن فرغت عن دين الغرماء بقيت مشغولة بدين الابن وما دام في التركة دين مستغرق، فإنه لا يصح إذنه؛ لأنه لا يملكها إلا إذا أبرأ أباه أو قضى دينه متبرعا؛ لأنه فرغت التركة عن دين الغريم وعن دينه فملكها.

ولو لم يكن على أبيه الحر دين وكان الدين على المأذون فموته حجر وإن أذن الابن بعد موت الأب جاز.

وقال الحسن بن زياد: لا يصح إذنه وهو رواية عن أبي يوسف وهذا بناء على أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للوارث فيه عندنا لا يمنع خلافًا له.

وهي مسألة الأولى من الزيادات.

ولو قضى دين أبيه الحر من ماله ثم أذن لعبد أبيه لم يجز وإن أبرأ أباه جاز إذنه الأول لما عرف، وإذا أذن المضارب لعبد المضاربة لم يصح حجر رب المال عليه ثم العبد لا يملك التصرف إلا بما يملك المضارب التصرف؛ لأن حجره على مأذون المضارب كحجره، وحجره على المضارب لا يصح إلا إذا كان المال عروضا فكذا على مأذونه.

ولو مات المولى كان حجرا على العبدين كان على الأول دين أو لم يكن؛ لأنه إن كان على الأول دين فالثاني مأذون من جهته الأول؛ لا من جهة المولى والأول قد انحجر بموت الأول فتحجر الثاني كما لو حجر المولى على الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين فالثاني مأذون من جهة الأول ومن جهة المولى جميعًا إلا أنه زالت ولاية الإذنين جميعًا لأحدهما بالموت وللآخر بالحجر بموت المولى فيثبت حجر الثاني ضرورة بخلاف ما لو حجر على الأول ولا دين عليه لا ينحجر الثاني؛ لأنه إن زالت ولاية الأول بالحجر بقيت ولاية المولى؛ لأنه حيٌّ مالك والمولى أذن له فبقي مأذونا من جهته ولا يجوز حجر المولى على مأذون مكاتبه؛ لأن الإذن لهذا العبد هو المكاتب دون المولى؛ لأنه لا يملك إلا بإذن لعبد مكاتبه في التجارة فلا يمكن أن يجعل المولى إذنا له يأذن العبد فلا يملك حجره.

وموت المكاتب وعجزه سواء، وسواء مات عن وفاء أو لا عن وفاء فهو حجر على ما دونه؛ لأن الإذن هو المكاتب دون المولى وقد زالت ولايته بالعجز وبالموت إن مات عن وفاء فلأنه بمنزلة حر أذن لعبده في التجارة ثم مات، وإن مات عاجزًا فهو بمنزلة عبد مأذون مات وعليه دين فينحجر كيفما كان.

وإن مات المكاتب عن ولد فأذن الولد لعبده في التجارة فإذنه باطل، وإن استقرض مالا فأدى المكاتبة عن أبيه؛ لأن التركة إن فرغت عن بدل الكتابة فقد اشتغلت بدين القرض؛ لأن ولد المكاتب قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه، والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث وعليه دين مستغرق وبه كفيل يتعلق بالتركة؛ لأن الكفيل قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث إلى الأصل في الإيفاء، وكذلك الحر إذا مات وعليه دين فأذن وارثه لعبده في التجارة لم يجز إذنه؛ لأن التركة إن فرغت عن دين الغرماء استغلت بدين الوارث؛ لأن الوارث في قضاء الدين لا يكون متبرعا؛ لأنه مطالب بذلك ولأنه يستخلص التركة لنفسه بذلك فيثبت له الرجوع بما أدى في التركة، والتركة ما دامت مستغرقة بالدين لا يملكها الوارث.

ولو وهب لهما رجل مالا فقضيا الدين جاز الإذن الأول، والصحيح أنه لا ينفذ من ولد الحر إلا أن يبرئ أباه أو يقضي دينه متطوعا فيقول عند أدائه أنه متبرع فحينئذ ينفذ الإذن الأول ويصح تصرف العبد قبل قضاء الدين وبعده. والفرق أن ولد المكاتب قضى بدل الكتابة من كسبه إلا إن كسب ولد المكاتب مملوك للمكاتب حتى لو كان له أن يأخذ منه حال حياته.

ولو أدى بدل الكتابة من كسب المكاتب كان تفرغ التركة عن الدين فكذا هذا فصح الإذن، فإن كان الأول قبل قضاء الدين؛ لأنه يملكه من وقت الموت متى قضى الدين لا من وقت قضاء الدين؛ لأن سبب ملكه قد تحقق وهو موت الأب إلا أنه لم يعمل عمله في إيجاب الملك لمانع، فإذا زال المانع عمل عمله في الإيجاب من حين وجد، ولهذا لو أعتقه الوارث ينفذ عتقه إذا قضى الدين بخلاف ابن الحر؛ لأن كسبه ملكه لا ملك أبيه فقد صار قاضيا دين أبيه من ملك نفسه فصار ما قضى دينا على أبيه، فالتركة إن فرغت عن دين الغرماء بقيت مشغولة بدين الابن وما دام في التركة دين مستغرق، فإنه لا يصح إذنه؛ لأنه لا يملكها إلا إذا أبرأ أباه أو قضى دينه متبرعا؛ لأنه فرغت التركة عن دين الغريم وعن دينه فملكها.

ولو لم يكن على أبيه الحر دين وكان الدين على المأذون فموته حجر وإن أذن الابن بعد موت الأب جاز.

وقال الحسن بن زياد: لا يصح إذنه وهو رواية عن أبي يوسف وهذا بناء على أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للوارث فيه عندنا لا يمنع خلافًا له.

وهي مسألة الأولى من الزيادات.

ولو قضى دين أبيه الحر من ماله ثم أذن لعبد أبيه لم يجز وإن أبرأ أباه جاز إذنه الأول لما عرف، وإذا أذن المضارب لعبد المضاربة لم يصح حجر رب المال عليه ثم العبد لا يملك التصرف إلا بما يملك المضارب التصرف؛ لأن حجره على مأذون المضارب كحجره، وحجره على المضارب لا يصح إلا إذا كان المال عروضا فكذا على مأذونه.

([المنتقى][(١)]): اشترى المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة وليس له أن يبيعها ولا يباع للغرماء فيما يلحق العبد من الدين؛ لأن المولى يملك اكتتابه متى لم يكن عليه دين فحلت الجارية عن حق الملك وحقيقة للعبد، وإن كان عليه دين لم يجز النكاح وله أن يبيعها ويبيع ولده منها لأنها صارت ملكا للعبد ووقوع الملك للمولى في اكتتابه وإن قضى دينه بعد التزوج فهو بمنزلة تزويجه ولا دين عليه.

ولو اشترى المأذون أمة فتسراها وولدت له ثبت نسبه منه ولا تخرج الأمة وولدها من التجارة.

وكذلك لو تزوج امرأة بغير بينة بإذن المولى لم تخرج الأمة وولدها من التجارة، فإن كان النكاح بينة خرجت من التجارة، قال الحاكم أبو الفضل: يحتمل أن يكون الجواب في أمة تاجرة أيضًا.

وقال أبو يوسف: إذا تعيب العبد المأذون حل عليه كل دين الأجل، وكذلك إذا حجر عليه أو باعه بإذن الغرماء، وإن أعتقه لم يحل عليه من الدين وكان إلى أجله؛ لأن بالعتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفاد الولاية بطريق الأصالة فلم يعلق الدين برقبته فبقي الأجل على حاله فأما بالحجر والبيع انقطعت ولاية التجارة أصلا فتعلق الدين برقبته وماليته فحل الدين ضرورة.

ولو قال القاضي لرجل: قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكمًا بحجره، ولو قال للسفيه: قد أطلقتك إن أصلحت جاز؛ لأن الإذن والإطلاق إسقاط الحجر وتعليق الإسقاط بالحجر جائز كالطلاق والعتاق فأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح كتعليق شرط عزل الوكيل لا يصح.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: جاز الحجر كما جاز الإذن؛ لأن الحجر منع وتعليق المنع جائز، كما لو قال لامرأته إذا جاء غد فوالله لا أقربك.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو قال لامرأته: إذا جاء غد فوالله لا أقربك من له الخيار في البيع إذا جاء غد أبطلت خياري جاز ويبطل خياره إذا جاء غد؛

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

لأنه إسقاط الخيار وتعليق الإسقاط بالشرط جائز.

ولو قال: إذا جاء غد بعت عبدي منك بألف درهم لم يجز؛ لأن هذا تمليك.

ولو قال: بعت عبدي منك إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعًا؛ لأن ذلك بمعنى اشتراط الخيار لفلان لا أنه تعليق التمليك بالشرط.

ولو قال: بعت منك هذا العبد إن شئت بألف درهم فقال قبلت تم البيع؛ لأن قوله إن شئت بمنزلة قوله إن رضيت وذلك بمنزلة اشتراط الخيار فكذا هذا.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: جعلت لك هذا العبد بيعا بألف درهم إن شئت فقال شئت لم يجز حتى يقول مولى العبد أجزيه لك فقد جعل قوله إن شئت بشرط الحظر؛ لأن قوله إن شئت خرج مخرج الشرط فلا يتعين حقيقة فيكون هذا تعليق التمليك بالشرط. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم][1].

(باب أحدُ الشريكين أذن للعبد المشترك في التجارة)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في حكم إذن أحدهما.

والثاني: في حكم إذن أحدهما صريحًا وإذن الآخر دليلًا.

(فصل)

أحد الشريكين أذن للعبد في التجارة جاز في نصيبه خاصة؛ لأن إذن العبد تصرف في استعماله في الاسترباح واستكساب المال ولأحد الموليين استعمال العبد وتصريفه في أشغاله واشتغاله في نوبته حال الهائي وليس له ذلك في نوبة صاحبه بخلاف ما لو كاتب أحدهما نصيبه كان للآخر حق الفسخ؛ لأن الساكت يتضرر بذلك، فإنه بالكتابة يمتنع عليه بعض التصرفات من البيع والإجارة فكان له فسخ الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف الإذن، فإنه لا يبطل على الساكت شيئًا من

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

التصرفات ولا يسد عليه باب الانتفاعات ولا يتعلق بنصيبه ما لحقه من دين التجارات وما لحقه من دين التجارة وهو عليه وليس لشريكه فسخ إذنه؛ لأنه مأذون في النصف محجور في النصف فكان لكل نصف حكم نفسه.

ولو لحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقي بينهما نصفان لا من سبب حدوث الزيادة وهو الكسب حصل بالتجارة والنقصان وهو الدين متحد وهو التجارة؛ لأن الربح وهو الكسب حصل بالتجارة والنقصان وهو الدين بحقه بالتجارة والسبب الواحد متى أفاد شيئًا وأفات شيئًا كان الفائد خلفا عن الفائت قائمًا مقامه وسد مسده وصار كأنه هو وذلك؛ لأن كلاهما حصل بكسب العبد والكاسب أحق وأخص بكسبه؛ لأنه حدث بفعله وكان العبد أحق باكتسابه ما لم يفضل عن حوائجه، ألا ترى أن العبد المحجور المشترك إذا لحقه دين بالمتابعة وفي يده كسب التجارة، فإنه يصرف كله إلى الدين وهذا أولى أن يصرف كسبه إلى دينه، ولو وهب له أو كسب قبل الإذن أو تصدق به عليه أو بعد الإذن وهو بينهما نصفان؛ لأنه اختلف سبب الزيادة والنقصان؛ لأن سبب النقصان وهو الدين التجارة وسبب حدوث الزيادة وما ليس بتجارة فلا تقوم الزيادة مقام النقصان وهو مأذون في النصف محجور في النصف والمحجور إذا لحقه دين وفي يده كسب حصل لا بسبب الذي وجب به الدين، فإنه لا يصرف دينه فأما إذا لم يعلم أن ما في يده من كسب التجارة أم من غيرها فقال الآذن والعبد إنه استفاد بالتجارة وقال الساكت استفاده بالهبة وهو بيننا نصفان فالقول قول الآذن والعبد ويصرف كله إلى دينه استحسانًا؛ لأن العبد هو الكاسب والكاسب أحق بكسبه ما لم يفضل عن حاجته، فإذا وقع الشك والاشتباه في حال كسبه وجب الرجوع في البيان إليه لأنه أعلم بحاله من غيره وتباع حصة الآذن في دينه؛ لأن ما كتبه كانت مملوكة لهما قبل الإذن ولحوق الدين فلا تقوم مقام النقصان ولكن يتعلق الدين بحصة الآذن بصيرورته مأذونا فيه، ولو استهلك مالا كان عليهما بخلاف ما لو أقر باستهلاك مال فهو على الآذن خاصة؛ لأنه محجور في نصيب الساكت وإقرار المحجور لا يقبل في حق المولى فأما دين الاستهلاك الثابت بالبينة أو بالمعاينة يتعلق بجميع رقبته، فإن كان

محجورا كله، فإذا كان مأذونا في النصف محجورا في النصف أولى أن يتعلق بجميع رقبته، ولو كاتب رجل نصف عبده كان مأذونا في كله؛ لأن الإذن مما لا يتحرى فيكون ذكر البعض في حق الإذن كذكر الكل، وكذلك في حق الكتابة عندهما لأنها لا تتجزأ فيصير الكل مكاتبًا، وعند أبي حنيفة الكتابة تتجزأ فذكر البعض في حق الكتابة لا تكون ذكر الكل فيصير النصف مكاتبا والنصف الآخر يكون مأذونا حتى إذا اكتسب كسبا وفرغ عن دين التجارة يكون نصفه للمكاتب ونصفه للمولى وما لحقه دين، فإنه يسعى فيه ولا يباع؛ لأن عندهما جميعه مكاتب وعنده نصفه مكاتب ومكاتب البعض لا يجوز بيعه كمعتق البعض، ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى ثم نصيب الآخر فيصرف وهو لا يعلم فلحقه دين فالدين كله في النصف الأول، ولو علم بتصرفه ففي جميع الرقبة؛ لأن النصف الذي اشتراه لم يكن مأذونا؛ لأن الآذن وإن أذن في جميع العبد إلا أن الإذن في نصيب صاحبه لم يصح؛ لأنه كان قبل الملك ومن أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه، فإنه لا يصير مأذونا، فأما إذا علم بتصرفه وسكت؛ لأن سكوته إذنا منه للنصف الذي اشتراه؛ لأن سكوته في هذه الحالة مما يرفع الحجر في الكل فلأن يرفع الحجر في النصف أولى فشراء الآخر وجد بعدما صار جميع العبد مأذونا فعلق دين شراء الآخر بجميع الرقبة ودين شراء الأول في نصفه؛ لأنه حين وجد كان مأذونا في النصف محجورا في النصف.

(فصل)

ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى بإذن شريكه ثم رآه يتصرف فسكت لم يكن إذنا استحسانًا؛ لأن سكوت المولى إنما جعل إذنا للعبد إذا لم يسبقه ما يوجب نفي الإذن حالة السكوت، فأما إذا اشتق منه ما يوجب بقي الإذن لا يكون السكوت إذنا، فإنه لو قال لأهل السوق: إذا رأيت عبدي هذا يتجر فسكت فلا إذن له في التجارة ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا؛ لأنه متى أعلمهم بالنهي فمتى لم يصر مأذونا لا يؤدي إلى الضرر والغرور بالناس وهنا سبق منه سكوته النهي والنفي؛ لأنه أعلم أهل السوق أنه نهاه عن المبايعة ونهيه لا يصح إلا في نصيب نفسه

فصرفنا نهيه إلى نصيبه خاصة فصار النهي عبارة عن نفي الإذن حال سكوته متى رآه يتجر حتى لا يلغو النهي، فإنه لا يملك نهيه عن التجارة بخلاف ما لو كان العبد كله له محجورا أو قد نهى أهل السوق عن المبايعة معه ثم رآه يتجر فسكت صار مأذونا؛ لأن العمل بحقيقة النهي ممكن إذا كان العبد كله له، فإنه يملك نهيه عن التجارة فلم يجعل النهي عن المبايعة عبارة عن نفي الإذن حال سكوته.

قال أحدهما لشريكه: ائذن لنصيبين فأذن فهو مأذون كله؛ لأن الإذن في التجارة مما لا يتجزأ؛ لأنه لا يتهيأ للعبد أن يتجر ببعض الجوارح دون البعض وإنما يتجر بجوارحه كلها، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله فصار كأنه قال لصاحبه ائذن بجميع العبد وهكذا يقول إذا قال أحد المولين للعبد أذنت لك في نصيبي أنه يجعل ذكر البعض ذكرًا للكل؛ لأن العبد مما لا يتجزأ في حق الإذن فصار كأنه قال أذنت لك في الكل ولكن لو نص على هذا تعلق الدين بنصيبه لا بنصيب الساكت.

(باب ما يملك العبد المأذون من التصرف وما لا يملك)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

[فصل][1] في بيعه.

[وفصل][2] في هبته وتبرعه.

[وفصل][3] في إجارته وزراعته ونحوها.

[وفصل][4] في خياره عند الزيادة والنقصان في المبيع.

(فصل)[5]

باع المأذون أو اشترى بما لا يتغابن فيه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): الثالث.

(٤) ما بين المعكوفتين في (س): الرابع.

(٥) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الأول.

لا يجوز كان على العبد دين أو لا وعلى هذا المكاتب والصبي المأذون.

لهما: أن الغبن الفاحش تبرع واصطناع؛ لأنه لا عوض بإزاء المحاباة حقيقة، ولهذا لم يعف عن المريض وأمكن الاحتراز عنه وهؤلاء لا يملكون التبرع، ولأن مقصود المولى من الإذن يحصل الربح ويتميز ماله لإيوائه ومتى لم يتقيد الإذن بالتجارة المعتادة المتعارفة فيما بين الناس وهي التجارة العارية عن الغبن الفاحش كان ذلك إيواء المال وهو غير مقصود بالإذن فلا يدخل تحت الإذن كما في الوكيل لأبي حنيفة أن المأذون والمكاتب متصرف لنفسه وليس بنائب عن المولى لما بينا. والراجل تحت الإذن مطلق التجارة والتجارة بغبن فاحش تجارة؛ لأن التجارة اسم لتمليك مال بمال فقط، ولهذا لو حلف لا يبيع أو لا يشتري فباع أو اشترى بغبن فاحش يحنث.

ولو حلف لا يهب لا يحنث بهذا، وإذا باع العبد في مرض مولاه أو اشترى بما يتغابن الناس فيه أو لا يتغابن جاز ذلك في ثلث مال المولى عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز فيما يتغابن فيه ولا يجوز فيما لا يتغابن فيه في حال صحة المولى فحال مرضه أولى وعنده يملك ذلك إلا أن تصرفه كتصرف المولى؛ لأنه يستفاد جواز التصرفات ونفاذها بإذن المولى. والمولى لو باع أو اشترى لمحاباة فاحشة في مرضه يعتبر من الثلث فكذا إذا حابى عبده.

(فصل)[1]

ولو وهب العبد المأذون هبة لم يجز لأنها ليست بتجارة ولا هو من صنيع التجارة، ولهذا لا يملك المكاتب مع أنه أعلى حالًا منه فلأن لا يملك المأذون أولى وهذا إذا بلغ قيمته درهما فصاعدًا، فأما ما يجوز هبته بما دون الدرهم؛ لأنه من صنيع التجارة لا بد للتجار منه ليعرف ويميل قلب الناس إليه فيكثرون التجارة معه، ولو أهدى هدية جاز قال محمد: يتصدق بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام للآثار، فإنه رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الثاني.

ورُوي أن سلمان الفارسي أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رطبًا فقبل منه وهو كان مكاتبًا، ولأن الهدية بالمطعوم من صنيع التجارة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فيكون داخلا تحت الإذن كالإعارة، وكذلك يملك إيجاد الدعوة استحسانًا، وكذلك لو أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا يلبسه لا بأس به؛ لأنه لا بد للتجارة منه، فإنه قد يبيع الشيء في وعاء ويسلمه إلى المشتري مع الوعاء ولم يقدر في الكتاب الضيافة اليسيرة.

وروى محمد بن سلمة البلخي أن ذلك على مقدار مال التجارة، فإن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف فالضيافة بمقدار عشرة دراهم يسير وإن كان مال تجارته عشرة كان دانقًا كثيرًا ولو اشترك المأذون شركة عيان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة جاز في النقد ولم يجز في النسيئة؛ لأن المأذون لا يملك أن يشتري لغيره بالنسيئة؛ لأنه بمعنى الكفالة، ولو أذن له المولى في ذلك قال: يجوز مرة ولا يجوز بعد ذلك؛ لأن إذن المولى بالشراء بالنسيئة صحيح مرة واحدة ولا يصح بعد ذلك؛ لأنه يصير مشغولا بالدين.

(فصل)[1]

والمأذون له في التجارة يملك أن يؤاجر نفسه وماله ويملك الزراعة؛ لأن رقبة المأذون ومنافعه دخلت تحت الإذن؛ لأنه لا يتهيأ له التجارة إلا بنفسه ومنافعه، ألا ترى أنه يملك إتلاف منافعه في تصرف بغير عوض يحصل للمولى فبعوض يحصل له أولى وكان يجب أن يملك بيع رقبته ورهنها إلا أنه إنما لم يملك؛ لأن بالبيع تزول الرقبة عن ملكه والرهن إيفاء وإنه موضوع لإزالة ملك العين وبزوال الرقبة عن ملك المولى يصير محجورا والحجر ضد الإذن فلا يجوز أن يستفيد بالإذن، فأما بالإجارة فلا تزول الرقبة عن ملك المولى ويدخل العوض في ملكه فكانت تجارة لأنها مبادلة مال بمال، ولهذا ملك المضارب والشريك الإجارة والزراعة تنعقد إجارة وتتم شركة لما عرف.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الثالث.

ولو اشترى المأذون عبدا شراء فاسدا فأغل عبده كانت الغلة له ولا يتصدق؛ لأن الغلة حصلت على ملكه ولا ينقص ملكه فيه كما في الحر، ولو رده على بائعه رده مع الغلة ويتصدق البائع بها، وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يرد الغلة؛ لأن الأصل عنده الكسب يكون لمن كان الملك له في الأصل وقت حدوث الكسب وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك بدون حدوث أينما دار الأصل كمن اشترى عبدا شراء صحيحًا فمات قبل القبض حتى انفسخ البيع أو وجد المشتري به عورا قبل القبض فردّه على البائع فعنده الكسب للمشتري وعندهما للبائع والأصح أن هذا قولهم جميعًا؛ لأن الكسب يملك بملك الأصل وقد ثبت للبائع في الأصل حق مستحق وهو حق الاسترداد بسبب الفساد فيسري ذلك الحق إلى الكسب كما يسري إلى الولد فكان للبائع استرداد الكسب لما كان له استرداد الأصل بخلاف تلك المسألة؛ لأن حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق ملك وهو حق الاسترداد حتى يسري الحق إلى الكسب فلم يكن له أخذ الكسب إلا أن المأذون لا يتصدق بالكسب متى تقرر ملكه في الأصل، والبائع، وإن كان حرا يتصدق بالكسب متى تقرر ملكه في الأصل وإن استفاد كل واحد منهما بسبب ملك خبيث؛ لأن العبد ليس من أهل التصدق والحر من أهله. ولو كان العبد هو البائع لا يتصدق.

اشترى من العبد بيعا فاسدا ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الأول كما لو باع من أجنبي؛ لأن بيعه من العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الأول كما مضارب المأذون ليس كبيعه من المأذون؛ لأن حق المضاربة جعل كحقّ ثالث حتى جاز شراء رب المال مال المضاربة، ولأن ملك الرقبة للمأذون وملك اليد والتصرف للمضارب فباعتبار أنه ملك الرقبة يكون نقصًا وباعتبار أنه لم يملك اليد والتصرف لا يكون نقصا فلا يثبت النقص بالشك.

(فصل)

ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا

يخلو إما أن تعيبت قبل هلاك العبد أو بعده، وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تعيبت بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي.

أما إذا حدث بها عيب بآفة سماوية بأن ذهب عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار إن شاء قبض جاريته ولا يبيع بنقصانها، وإن شاء ضمنه قيمة جاريته يوم قبضها؛ لأن الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة؛ لأن النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري والملك متى كان صحيحا كان مضمونا على القابض ضمان عقد وهو الثمن، والأوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، وإن شاء ضمن قيمتها؛ لأنه وجب على مشتري الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب وقد عجز عن ردها كما قبضها سليمة عن العيب فكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لأنها دخلت في ضمانه يوم القبض.

ولو هلك العبد ثم ذهب عنها، فإن أخذها ضمنه نصف قيمتها؛ لأن العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة؛ لأن النقصان إنما حدث بعد فساد الملك فيها؛ لأن الملك قد فسد في الجارية لهلاك العبد والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد والأوصاف تفرد بالقبض فتفرد بضمان القبض كما في الرهن والغصب.

وأما إذا تعيبت بفعل المشتري بأن قطع يدها أو فقأ عينها فهو كما لو تعيبت بآفة سماوية في القسمين؛ لأن المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر فلم يخلف بدلا فصار كأنه مات بآفة سماوية.

ولو تعيبت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فأخذ أرشها وعقرها وولد أو ولدت من غير سيدها، فإن كان قبل هلاك العبد لم يكن للعبد إلا قيمتها يوم دفعها؛ لأنه لما هلك العبد فسد البيع في الجارية فوجب على مشتري الجارية ردها بحكم الفساد وقد عجز عن ردها حكما؛ لأنه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية في ملك صحيح ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك في الأصل، وإذا تعذر فسخ البيع في الجارية صار المشتري عاجزًا عن ردها فكان عليه رد قيمتها، وإن كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وأرشها إن شاء من المشتري،

وإن شاء من الجاني؛ لأن الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع في ملك فاسد كما لو وقع البيع في الجارية فاسدا في الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع استرداد الجارية مع الزوائد؛ لأن الزيادة حين حدثت كان للبائع حق الاسترداد في الأصل فسرى ذلك الحق إلى الزوائد ثم إن شاء ضمن المشتري؛ لأن النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه وإن حدث بفعله أولى، وإن شاء ضمن الجاني؛ لأن الجاني صار جانيا على ملكه لما عادت الجارية إلى قديم ملكه بالفسخ.

ولو حدث بها عيبان: أحدهما قبل هلاك العبد، والثاني بعد هلاكه فعلى هذا القياس؛ لأن العيبين لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون ومتى اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان.

ولو حدثا بعد هلاك العبد متى أخذ الجارية فله تضمين نقصان العيبين جميعا، فإذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه هذا كله إذا تعيبت الجارية في يد مشتريها.

وأما إذا حدث فيها زيادة فلا يخلو إما أن كانت الزيادة منفصلة كالولد والأرش والعقر أو كانت متصلة كالسمن والجمال، فإن كانت منفصلة، فإن ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر إن كان الولد قائما ليس للمأذون أخذ الجارية؛ لأن الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض في ملك صحيح يمنع انفساخ العقد في الأصل، فإن هلك الولد والأرش كان للعبد أن يأخذ جاريته ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية إن شاء، وإن شاء ضمنه قيمتها؛ لأن المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة وصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم؛ لأن الولادة في بنات آدم سبب النقصان وأنه عيب على كل حال فله أن يضمنه قيمة الجارية.

ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت في يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار ويأخذ الشاة؛ لأنه لا نقصان؛ لأن الولادة في البهائم ليست بعيب وإن هلكت الزيادة بفعل أجنبي فهو كما كان الولد قائما؛ لأن الولد مات وأخلف بدلا، والفائت إلى خلف كالقائم حكما، وإن هلكت بفعل المشتري بأن عتق المشتري ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل؛ لأن الولد يسلم للمشتري من

وجه، فإنه مولى له يرث منه إذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدي إلى الربا من وجه أو سلم له بالشراء الولد من وجه من غير عوض والاحتراز عن شبهة الربا واجب فلا يجوز فسخ البيع في الجارية، فإن مات الولد المعتق وترك ولدا لم يكن للعبد على الجارية سبيل؛ لأن ولاءه عليه بقي تبعا للولد، فإن ولاء ولده له، وإنما صار له بسبب ولاء الولد الأول فصار ولاؤه على الولد الأول باقيا تبعا للولد الأخير فصار كأنه لم يمت، وإن لم يترك ولدا كان للعبد أن يأخذ الجارية إن شاء ولا يتبعه بنقصانها، وكذلك إن ترك ولدا لا يجر ولاءه المشتري بأن كان المعتق تزوج بأمة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الأمة الولد؛ لأن المانع من فسخ العقد في الجارية هو الولاء وقد زال هذا المانع بلا خلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا الكتاب فيجب حفظها، وكذلك إن قتل المشتري الولد فله الخيار بين الفسخ والتضمين وهذا لا يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة عيب لازم في بنات آدم وذلك؛ لأن القتل بمنزلة الموت؛ لأن المقتول ميت بأجله.

ولو مات الولد في يد مشتري الجارية يتخير المأذون فكذا هذا، وإنما يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة ليست بعيب إذا لم توجب نقصانا؛ لأن الولد مات ولم يخلف بدلا؛ لأن المشتري جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كما لو مات الولد حتف أنفه. والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلا من دمه؛ لأن جناية المشتري على الولد إنما تكون ملاقيا ملكه ما دام ملكه في الجارية متقررًا، فأما إذا انفسخ ملكه في الجارية بأن أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقيا ملك المأذون من وجه؛ لأن الولد تبع للجارية من وجه؛ لأنه متولد ومتفرع عنها، ولهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك في الأصل يوجب انفساخ الملك في التبع فصار جانيا على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمته الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه فيتخير، وإن شاء أبرأه عن قيمة الولد ويأخذ الجارية، وإن شاء لم يبرئه وضمنه قيمة الجارية، وأما إذا كانت الزيادة متصلة بأن ازدادت الجارية في يديها خيرا قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز

استردادها قبل هلاك الغلام، لما عرف من اختلافهم في الصداق زاد في يديه بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق إلا برضاها عندهما خلافًا لمحمد رحمه الله، وقيل: هذا قولهم جميعا فهما فرقا بين هذه ومسألة الصداق والفرق أن في الصداق حق المرأة في الزيادة لو بطل فإنما يبطل قصدا بإيقاع الزوج بالطلاق وهو لا يملك إبطال حقها قصدا فأما حق مشتري الجارية في الزيادة لو بطل، فإنما يبطل حكما لا بقصد المأذون؛ لأن بطلان حقه في الزيادة مضاف إلى موت الغلام وموت الغلام ما كان بصنع المأذون وقد ثبت حكما للشيء وضرورة ثبوته، وإن كان لا يثبت قصدا. والأصح أن هذا على الخلاف؛ لأنه ذكر بعد هذا أن العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد العبد كان للمأذون أن يسترد الجارية، وإن كانت الزيادة المتصلة حدثت قبل الرد وحق الرد وحق مشتري الجارية في الزيادة هنا لو بطل إنما يبطل قصدا؛ لأنه يبطل برد العبد ورد العبد كان بقصده وبين أن الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد؛ لأن العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض.

ولو كان العبد المأذون بالخيار ثلاثة أيام في العبد الذي اشتراه وولدت الجارية في يد المشتري منه أو من غيره أو قطع يدها، فإن رد العبد بخياره أخذ الجارية وأرشها وعقرها وولدها؛ لأن اشتراط الخيار في العبد اشتراط للخيار في الجارية؛ لأن الخيار إنما يشترط للفسخ ولا يمكنه فسخ العقد في أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار في أحد البدلين اشتراطا للخيار في الآخر، ولهذا لو أعتق مشتري الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقه؛ لأن للبائع خيار شرط في الجارية والمشتري متى قبض المشترى وللبائع فيه خيار شرط يكون المشترى مضمونا عليه بالقيمة، ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه، فإن أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه؛ لأن قبل هلاك العبد أعتق ملك نفسه؛ لأن البيع صحيح في الجارية وبعد هلاك العبد فسد البيع في الجارية، والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك.

ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيبا قبل القبض أو بعده فردّه

بقضاء أو رضا أو خيار شرط أو رؤية ثم أعتق الجارية لم يجز عتقه، وكذلك لو تقايلا لا يفسخ البيع في كل وجه فزالت الجارية عن ملك المشتري فصار معتقا ما لا يملكه بهلاك العبد فلا ينفسخ البيع، وإنما يفسد فمتى كانت الجارية في يده صار معتقا ما يملكه فنفذ وقيل القبض لا يملكه فلا ينفذ والله تعالى أعلم.

(باب إقرار المولى على عبده المأذون)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في دين العبد بإقرار المولى.

والثاني: فيما إذا اجتمع دينهما على العبد أيهما يقدم في القضاء.

(فصل)

وإذا أقر على عبده المأذون بعشرة آلاف وقيمته ألف ولا دين عليه لزمه ويقال للمولى بعه أو افده وللغرماء إن يستسعوا العبد في جميع الدين؛ لأنه أقر بما يملكه ولم يلحق بغيره ضررا؛ لأنه أقر بشغل رقبته وكسبه بحق المقر له والمولى يملك بيع رقبته وكسبه بدين نفسه بأن يرهن رقبته شيئًا من كسبه فيملك أيضًا الشغل بدين يقر عليه، وإذا صرح إقراره صار الثابت بإقراره كالثابت بإقرار العبد فيتخير الغرماء بين البيع والسعاية كما لو ثبت دينهم بإقرار العبد، فإن أعتقه ضمن قيمته لهم ورجعوا على العبد بقدر قيمته أيضًا؛ لأنه بالإعتاق أتلف عليهم حق البيع ومنعهم من ثمنه فصار كما لو قتله أجنبي؛ لأن المولى أقر أن عليه عشرة آلاف درهم، فإذا وصل إليهم ألف من جهة المولى فلا تفرغ ذمة العبد عن الباقي وقد بقي للعبد رقبة متعلقة بدين الغرماء مشغولة بحقهم فكان عليه رد قيمته وقد عجز عن ذلك فيلزمه رد قيمته حتى لو أقر على العبد بدين ألف وقيمته ألف ثم أعتقه المولى وضمن ألفًا، فإنه لا يضمن العبد شيئًا آخر؛ لأنه فرغت ذمته عن شغل الدين بأداء المولى قيمته، وإنما وصل إلى العبد رقبة فارغة فلم يلزمه شيء.

ولو أعتقه المولى وهو معسر في صحته ثم مات لم يسع العبد لهم إلا في مقدار

القيمة إلا أن يكون الدين أقل من القيمة فيسعى في الدين؛ لأنه وصل إلى العبد رقبة مشغولة بالدين وقد احتبس عنده بالعتق فقد عجز عن ردها فيلزمه رد قيمتها ولم يصل إليه فما زاد على قيمته في حقهم شيء، ولو أخذ بالزيادة فإنما يؤاخذ بإقرار المولى وإقرار المولى يصح إذا كان المستحق بإقراره ملكه ولا يصح إذا كان المستحق به ملك العبد بعد عتقه.

ولو باعه مولاه ضمن قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق؛ لأن العبد متى بيع بالدين الثابت بإقراره لا يبقى للغرماء عليه سبيل لدخوله في ملك غير المولى فلأن لا يبقى لهم عليه سبيل متى بيع بالدين بإقرار المولى أولى وبعد العتق وصل إليه رقبة مشغولة بالدين؛ لأن بالبيع لا يسقط الدين عن رقبته وقد صارت محبوسة عنده بالعتق فيلزمه رد قيمتها، ولو أقر عليه بعشرة آلاف ودينه، فإن شاء الغرماء ضمنوه بقيمته ولا شيء لهم على العبد حتى يعتق فيضمنوه قيمته، وإن شاؤوا استسعوا العبد في دينهم؛ لأن الدين الثابت بإقرار المولى معتبر بالدين الثابت بإقرار العبد وثمة الأمر كذلك فكذا هذا.

ولو أقر عليه بعشرة آلاف في صحته ثم أعتقه ثم مرض ثم مات ثم المولى وعليه دين يسعى العبد في قيمته لغرماء المولى دون المقر له ثم يسعى في قيمة أخرى للمقر له؛ لأن العتق في مرض المولى وصية ولا تصح الوصية إذا كان على الموصي دين وقد صار قيمة العبد كلها دينا على المولى بعد العتق إذ لا مال له سوى العبد فوجب على العبد قيمة رقبته لما عجز عن رد رقبته بالعتق ردًّا للوصية ويضمن قيمة أخرى؛ لأنه أعتق عبدا مديونا وقد سلم للعبد رقبته بالعتق مشغولة متعلقة بحق الغرماء فلزمه رد قيمته بحق الغرماء.

(فصل)

أصله: أن من شرط صحة إقرار المولى على عبده أن يكون العبد فارغًا عن الدين خاليًا صافيًا عن حق الغير لا عن صحة إقراره باعتبار قيام الرقبة في ملكه بدليل أن الرقبة إذا هلكت أو استحقت بطل إقراره فمتى صارت رقبة العبد مستحقة بالدين وقت إقرار المولى لم يصح إقراره لأنها صارت هالكة معنى؛ لأن

الاستحقاق بمنزلة الهلاك كالماء المستحق بالعطش وصار كالوارث إذا أقر على مورثه إذا كانت التركة فارغة عن الدين ولا يصح إذا كانت مشغولة والأصل أن من أقر بعين لإنسان ثم استحق العين المقر به ثم يد المقر لم يكن على المقر شيء كمن أقر بوديعة لإنسان ثم استحقت بطل إقراره وكذا هذا أذن لعبده وقيمته ألف فلحقه دين ألف وأقر المولى عليه بألف لم يجز حتى يقضي دين نفسه؛ لأن رقبة العبد مشغولة مستحقة بالدين حال إقرار المولى فلم يصح إقراره في حق غريم العبد، فإن أعتقه مولاه، فإن ضمن غريم العبد المولى قيمته بطل إقرار المولى ولا ضمان على العبد؛ لأنه استحق غريم العبد المقر به وهي الرقبة؛ لأنه أخذ منه قيمة العبد وأخذ القيمة كأخذ العين، ولو أخذ الرقبة من يده لم يكن على المولى ولا على عبده شيء؛ لأنه بطل إقرار المولى فكذا إذا أخذ منه قيمته وإن أخذ غريم العبد دينه من العبد رجع المقر له على المولى بقيمة العبد؛ لأنه فرغت رقبة العبد عن الدين وسلمت رقبته للمولى، ولو سلمت له رقبة العبد بإبراء غريم العبد عن دينه يكون المقر له أحق بالعبد فكذا إذا سلمت له بإيفاء الدين، ولو أقر عليه مولاه أولًا بدين ألفي درهم ثم بحق العبد ألف فبيع بألف اقتسماها أثلاثا؛ لأن إقرار المولى لاقى عبدا فارغا كله عن الدين فصح إقراره بالدين ولا تتقدر صحته بقدر القيمة بل يصح كله ما دام الاستيفاء يقع على ملك المولى وهنا يقع الاستيفاء على ملك المولى، فإن الثمن ملك المولى فصح إقراره بألفين وإقرار العبد بعد ذلك صح كله، وإن كان عليه دين؛ لأن دين العبد لا يحجر العبد عن الإقرار بالدين فحق غريم العبد في ألف وحق غريم الآخر في ألفين فيقسم الثمن على قدر حقهما أثلاثا، ولو أقر العبد أولا بدينه كان غريم العبد أحق بثمنه، فإن بقي عن ثمنه شيء كان لمن أقر له المولى؛ لأنه حين أقر المولى بالدين كانت رقبة العبد مشغولة مستحقة بالدين فلم يصح إقراره في حق غريم العبد متى كان على العبد دين محيط برقبته، ولو بيع بألفين فخرجت الألف لا غير كان غريم العبد أولى؛ لأنه لما نوى الألف من الثمن فكان العبد بيع بألف لا غير.

ولو أقر العبد أولا بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف ثم أقر العبد بدين كان غرماؤه أولى، فإن بقي شيء كان لغرماء المولى؛ لأن إقرار المولى لم يصح؛ لأنه لاقى مالا مشغولا بدين غريم العبد.

أقر بدين ألف على عبده ثم بألف وبيع بألفين إن أقر بالدينين متصلا تحاصا[1] وإلا بدأ بالأول؛ لأن الإقرارين متى كانا متصلين فهما كإقرار واحد حكمًا واعتبارًا، ولو كانا متصلين حقيقة بأن قال لهما: على عبدي ألفا درهم تحاصا، وكذا إذا وصل بينهما بحرف العطف، فأما إذا فصل بينهما فالإقرار للثاني صادف رقبة مشغولة بدين الأول فكان الأول مقدما على الثاني إيفاء، وإن كان متصلا وصدقه العبد في أحدهما تحاصا؛ لأن تصديق العبد المولى في أحدهما بمنزلة إقراره، ولو أقر العبد لأحدهما وأقر المولى لآخر وخرج الكلامان منهما جميعًا معا تحاصا وكذا هذا، وإن كان منفصلا فصدقه في الأول كان أحق؛ لأنه يصير كأن العبد أقر للأول ثم أقر المولى للآخر وإن صدقه في الثاني دون الأول تحاصا؛ لأنه يصير كأن المولى أقر للأول ثم أقر العبد لآخر، ولو كانت قيمته ألفًا وخمسمائة فأقر العبد بدين ألف ثم المولى بدين ألف ثم العبد بدين ألف ثم بيع بألفين فالثمن بينهما أخماسا للذي أقر له المولى خمسة؛ لأن إقرار العبد بدين الألفين قد صح؛ لأن صحة إقراره يعتمد الإذن لا خلوص المقر به عن حق الغير، ولهذا صح إقراره وإقرار المولى بألف صح بقدر خمسمائة؛ لأن صحة إقراره يعتمد خلوص المقر به عن حق الغير. ولا يصح إذا كان مشغولا بحق الغير والألف من العبد مشغولة بدين العبد وخمسمائة فارغة عن دينه فصح إقراره بقدر خمسمائة وبطل بقدر خمسمائة فجعل خمسمائة بينهما فصار حق غريمي العبد في أربعة وحق غريم المولى في واحد وذلك خمس الألفين، وكذلك لو أعتقه المولى وقيمته ألف وخمسمائة ضمن قيمته وكانت بينهم أخماسا؛ لأن القيمة بدل عن العبد كالثمن والمثمن يقسم بينهم أثلاثا فكذلك القيمة ثم يرجع غريمي العبد عليه بنفيه دينهما؛ لأن دينهما وجب بإقرار العبد فبقي

---

(١) أي: أخذ كلّ واحد منهما حصّته.

دينا عليه إلى ما بعد العتق وكذلك غريم المولى بنفيه خمسمائة وذلك مائتان؛ لأن إقرار المولى إنما صح على العبد بقدر خمسمائة وقد وصل إليه من دينه ثلاثمائة من القيمة التي ضمنها المولى بالإعتاق إلى تمام خمسمائة مائتان وإن شاؤوا اتبعوا العبد ولم يضمنوا المولى إلا أن غريم المولى يرجع على العبد بخمسمائة؛ لأن إقرار المولى إنما صح على العبد زهدا القدر ثم يرجع على المولى بخمسمائة؛ لأن غريمي العبد لما اختارا اتباع العبد وأبرآ المولى عن القيمة فقد سلمت القيمة للمولى وسلامة القيمة كسلامة العبد له، ولو سلم له العبد بأن أبرآ عن دينهما قبل العتق لكان يصح إقرار المولى بجميع الدين وقد وصل إليه خمسمائة من جهة العبد ولم يصل إليه خمسمائة فله أن يرجع بذلك، ولو كانت قيمته ألف درهم فأقر العبد بألف ثم المولى بألف لم يثبت إقرار المولى وإن زادت قيمته حتى صارت ألفين، وكذلك لو زاد قبل إقرار العبد للثاني؛ لأنه حين أقر المولى كان جميع العبد مشغولا بالدين والزيادة التي حدثت في القيمة بعد إقرار المولى للأوسط لم يبق إلى يوم القسمة بل هلكت معنى؛ لأنها صارت مشغولة بالدين الذي أقر به العبد آخرا والمشغول بالدين والمستحق به كالهالك، ولو أعتقه فاختار غريمي العبد اتباع العبد وأبرآ المولى كان لغريم المولى أن يبيع المولى بجميع دينه؛ لأن دين غريمي العبد وجب عليه بإقراره فصح مطلقا وبإبراء المولى عن القيمة سلمت له القيمة وسلامة القيمة كسلامة العبد، ولو سلم له العبد فارغا عن الدين صح إقرار المولى على عبده بجميع ما أقر به فكذا هذا، ولو كانت قيمته ألفًا وخمسمائة فأقر مولاه بدين ألف ثم بألف ثم بألف ثم بيع العبد ثبت كل الأول ونصف الثاني ولا شيء للثالث لأنه حين أقر للثالث لم يكن شيء من العبد فارغًا عن الدين فلا يصح إقراره وإقراره للأول لاقى العبد الفارغ كله فصح كله وإقراره للثاني لاقى عبدا فارغا ثلثه عن الدين وذلك خمسمائة فصح إقراره بقدر خمسمائة فكان حقه في خمسمائة وحق الأول ألف فيقسم ثمن العبد بينهما أثلاثا، ولو أعتقه وقيمته ألف ضمن لهما المولى ألفا ويرجعان على العبد بخمسمائة؛ لأنه وصل إليهما من دينهما ألف وهي قيمة العبد وبقي حقهما في خمسمائة ويكون الكل بينهما أثلاثا ويبطل ما سوى ذلك من الدين؛ لأن إقرار المولى لم يصح فيما زاد على ألف وخمسمائة، ولو اختارا ضمان

العبد ضمناه ألف درهم أيضًا بينهما أثلاثا على عكس الأول ثلثه للأول وثلثاه للثاني؛ لأن دينهما وجب على العبد بإقرار المولى فلا يجب أكثر من قيمته يوم العتق والمولى أعتق عبدا مديونا في زعمه فيضمن قيمته يوم العتق وقد وصل إلى الأول من ألف المولى ثلثاها بقي حقه في ثلث الألف وصل إلى الثاني من ألف العبد ثلثها بقي حقه في ثلثي الألف، فإن اقتسما الألف إلى أن أخذا من العبد أثلاثا ثم خرجت خمسمائة مما على المولى اقتسماها أثلاثا؛ لأن حق الأول كان في ألف وحق الثاني في خمسمائة فيكون حقهما أثلاثا، فإذا خرجت خمسمائة أخرى يكون كله لغريم المولى حتى يكمل دينه؛ لأنه وصل إلى الأول بجميع الدين بقي حق الثاني على العبد في نصف دينه وذلك خمسمائة فيسلم كلها له ولا يشاركهما صاحب الدين الآخر في شيء؛ لأن إقراره للثالث لم يصح؛ لأن العبد كله كان مشغولا بالدين.

ولو كانت قيمته ألف درهم فأقر المولى عليه بألف ثم أقر الآخر بألف فزادت قيمته فصارت ألفين ثم أقر مولاه بألف لآخر ثم بيع بألف كان الثمن بين الأول والثالث نصفين ولا شيء للثاني؛ لأنه حين أقر للباقي فالعبد كله مشغول بالدين وليس فيه فصل عن دين الأول فلم يصح إقراره للثاني فخرج من الوسط. وإقراره للأول والثالث بجميع الألف صحيح؛ لأن إقرار الأول لاقى عبدا فارغا والثالث لاقى عبدا فيه فصل ألف عن دين الأول فصح إقراره للثالث بجميع الألف فاستوى حقهما فتحاصا إلا أن يكون الثمن أكثر من ألفين فيكون الفصل الأول؛ لأن إقرار المولى للأوسط توقف نفوذه على وجود الزيادة في قيمة العبد بعد الإقرار وبقائها إلى وقت القسمة وقد وجدا فنفذ.

ولو أعتقه المولى وقيمته ألفان ضمن قيمته للأول والآخر ولا شيء للأوسط ولا سبيل له على العبد؛ لأن إقراره للأوسط لم يصح كما لم يكن في قيمة العبد فضل عن دين الأول والثالث. والله أعلم بالصواب.

(باب إقرار العبد المأذون)

(المبسوط) مسائله على فصول:

[أحدها](١): في إقراره بالدين.

والثاني: في إقراره بالجزية.

والثالث: في إضافة إقراره إلى حالة الحجر.

(فصل)

ولو أقر العبد المأذون بدين من بيع أو فرض أو غصب أو مضاربة أو بضاعة استهلكها صح؛ لأن الإقرار بالدين من توابع التجارة؛ لأنه لا بد للتاجر منه، فإن الناس إذا علموا أن إقرار العبد لا يصح لا يتجرون معه فلا يحصل ما هو المقصود من الإذن وهو التجارة فكان الإذن بالتجارة إذنًا بالإقرار؛ لأنه أقر بما يملك استئنافه للحال فيصح إقراره كالحر.

ولو أقر العبد المأذون قبل أن يباع بدين لرجل صح وإن كذبه الغرماء والمولى؛ لأنه مأذون أقر على نفسه بدين لغيره فيكون مصدقا فيه، ولو أقر بذلك بعدما باعه القاضي وصدقه المولى لم يصدقا على الغرماء؛ لأنه أقر وهو محجور وإقرار المحجور لا يصح إذا كان عليه دين وإن صدقه المولى؛ لأن المولى بالتصديق يريد إبطال حق الحاضرين في البعض فلا يصدق.

أقر أنه اشترى هذه الجارية وافتضها ثم استحقت يلزمه العقد، فإن أقر بالافتضاض بالنكاح بغير إذن مولاه لا يلزمه؛ لأن في الشراء بالاستحقاق ظهر كون الجارية مغصوبة عند العبد فقد ثبت أنه غصب جارية سليمة فردها معيبة بنقصان البكارة فيضمن قدر النقصان كما لو غابت بعيب آخر، وفي النكاح أقر بدين لزمه بالنكاح والنكاح ليس بتجارة فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة فلم يصح إقراره؛ لأنه لا يجاء ملك الإقرار بحكم التجارة.

ولو صدقه مولاه في الاقتضاض بنكاح فاسد بدئ بدين الغرماء، فإن بقي شيء أخذ مولى الأمة من عقرها؛ لأن عندهما ضمان الافتضاض بمنزلة ضمان الجناية؛ لأن المتلف جزء من الآدمي، فإنه إتلاف بعض الآدمي فتكون جناية حقيقة وفي ضمان الجناية لا يصدق العبد في حق الغرماء كما لو أقر بقطع يدها أو رجلها فلا تثبت المقربة في حقهم ويثبت في حق المولى لتصديقه العبد فيه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

فأما عند أبي يوسف ينبغي أن يضرب صاحب الجارية مع الغرماء صدقه المولى أم كذبه؛ لأن ضمان الافتضاض عنده بمنزلة ضمان الغصب حتى قال: يؤاخذ به العبد للحال وإن كذبه المولى.

ولو تزوج بإذن مولاه حاصت الغرماء بمهرها وما يجب لها من النفقة؛ لأن النكاح حصل بإذن مولاه فيجوز وصح الإذن وإن تضمن إبطال حق الغرماء عن بعض كسبه ورقبته؛ لأنه من حوائج العبد، فإنه يحتاج إلى النكاح لتحصينه عن الزنا وتحصيل الولد وما كان من حوائج المديون يجوز منه وإن تضمن إبطال حق الغرماء كالإنفاق على نفسه وثمن الأدوية وكالمريض المديون إذا تزوج امرأة بمهر مثلها فتعلق هذا الدين بكسبه ورقبته فظهر التعلق في حق الغرماء، وإن لم يكن من التجارة، ولو أقر بافتضاض أمة رجل بإصبعه غاصبا كان إقراره باطلا عندهما، وقال أبو يوسف جاز وهو دين يلزمه وقد مرت المسألة في كتاب الإقرار.

(فصل)

الأصل أن المأذون متى أقر بحرية الجارية التي في يده لا يصح؛ لأنه لا يملك إنشاء حرية طارئة للحال فلا يملك الإقرار به ومتى أقر بحرية أصلية يصح؛ لأن الجهة الأصلية غير ثابتة بإقراره بل هي مضافة إلى الذات من بني آدم؛ لأن الأصل في أولاد آدم وحواء الحرية ثم إنما يكون مقرا بحرية عارضية طارئة إذا ظهر في العبد المقر به علامات الرق بأن أقر العبد أنه مملوك رقيق ثم أقر أنه حر الأصل لم يملك قط لا يصح إقراره؛ لأنه بعدما ظهر في العبد المقر به أمارات الرق يكون مقرا بحرية طارئة كالعبد إذا ادعى أنه حر الأصل فالقول له لأنه متمسك بما هو الثابت في الأصل، ولو ادعى يكون مدعيًا بحربه عاضيه فكذا هذا، ولو أقر العبد في يديه أنه حر الأصل أو ابن فلان وعليه دين صدق؛ لأنه أخبر عن الحرية الأصلية الثابتة بظاهر الحال؛ لأنه لم يظهر في المقر به أمارات الرق، فإنه لم يوجد فيه إلا مجرد إثبات اليد عليه، والمأذون كما تثبت يده على الرقيق تثبت يده على الحر؛ لأنه يودع عنده الحر كما يودع عنده الرقيق ويستأجر الحر للعمل كما يستأجر الرقيق فيثبت يده على الحر والعبد فلم يكن المأذون مقرًّا بحرية عارضة، ولو اشترى هذا العبد من رجل وقبضه والعبد ساكت ثم أقر أنه حر الأصل أو ابن فلان لم يصدق؛ لأنه أقر بحرية طارئة، فإنه ظهر في المقر به أمارات

الرق وهو البيع والتسليم فيه وهو ساكت؛ لأن سكوته عند التسليم يكون إقرارا منه بالرق، ولو اشترى أمة من رجل ثم أقر أن البائع أعتقها أو دبرها أو استولدها لم يصدق ويبيعها؛ لأنه أقر بحرية طارئة بعد الرق، فإن صدقه البائع انتقض البيع ويرد عليه الثمن؛ لأن التصديق من البائع إقرار منه بإنشاء هذه التصرفات وهو يملك إنشاء هذه التصرفات فملك الإقرار به والإقرار بهذه الأشياء يتضمن فساد البيع ويصح تصديق العبد في نقض البيع؛ لأن المأذون يملك نقض البيع فملك الإقرار به فينتقض البيع لتصادقهما على ذلك، ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها متى صدق ولا يرجع بالثمن على البائع إلا أن يأتي اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه؛ لأنه أقر على البائع بفساد البيع ورد الثمن وأقر بكون الجارية ملكًا للمقر له وإقراره على البائع لا يصح؛ لأنه دعوى وإقراره بكونها ملكا لغيره يصح؛ لأنه على نفسه وإقرار المأذون بالعين للأجنبي جائز إذا أقر مطلقًا؛ لأنه يحمل مطلق إقراره على أنه كان أخذ من المقر له عوضا بأن باع منه وأخذ منه الثمن فيكون تمليكا ببدل شرعا وهاهنا نص المأذون أن ما في يده له من غير عوض استحق عليه فيكون شرعا؛ لأن إقراره من غير عوض يحصل له جائز كما لو أقر أن هذا العبد مغصوب عنده أو وديعة عنده صح، وإن لم يكن حمله على أحد العوضين ثم ذكر أنه إذا أقام البينة على البائع أو نكل أو صدقه يرجع بالثمن عليه.

وذكر في الجامع والزيادات: أنه لا تصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يستحلف البائع إذا أنكر؛ لأنه مناقض في دعواه؛ لأنه لما اشترى منه فقد أقر بصحة بيعه، فإن له ولاية البيع إذ لو لم يكن له ولاية بيعه لكان لا يشتري هذا هو الظاهر من حال المسلم، فإذا قال بعد ذلك إنه كان مغصوبا فقد ادعى أنه لم يملك بيعه فصار مناقضا في الدعوى فلا يصح والبينة لا تسمع واليمين لا تجب إلا بعد صحة الدعوى قالوا: والصحيح ما ذكر في الجامع والزيادات إلا أن يصدقه البائع؛ لأن تصادقهما أن البيع كان باطلا حجة عليهما وحجة هذه الرواية أن المناقضة في الدعوى ثابتة ظاهرًا ضمنا واقتضاء لا نصًا وإفصاحا والثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع ولا يصح حجة للإبطال فلم يجز القول بإبطال البينة واستحقاق اليمين بالمناقصة الثابتة بظاهر الحال، ولو باع المأذون عنده فقال المشتري أنه حر وصدقه

المأذون لا يصدق ونفذ عتقه على المشتري؛ لأن تصديق العبد إقرار بحرية طارئة، فإنه ظهر فيه أمارات الرق، فإن بيعه وتسليمه والعبد ساكت إقرار منه بالرق وإقرار المأذون بحرية طارئة لا يصح والإقرار بانتقاض البيع ورد الثمن إنما ثبت ضمنا لإقراره بالحرية، فإذا لم يصح إقراره بالحرية لم يثبت ما في ضمنه فبقي البيع ماضيًا على حاله وعتق على المشتري بإقراره.

(فصل)

أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالف فيها، فإن كذبه رب المال وقال: هذا كله في حال إذنك لم يصدق العبد في شيء منه ولزمه كله، وإن صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة وتأخر ما سواه إلى حال عتقه؛ لأن إقرار العبد صحيح يؤخذ به في حال من الأحوال فقد ثبت الدين بإقراره إلا أنه بالإضافة إلى حالة الحجر يدعي بأجر المؤاخذة إلى ما بعد العتق فكان إضافة المقر به إلى حالة الحجر بمعنى دعوى الأجل، فإذا كذبه رب المال لا يثبت الأجل، وإن صدقه يثبت الأجل كما لو أقر بالدين مؤجلا وكذبه رب المال في الأجل لا يثبت وإن صدقه يثبت فكذا هذا إلا أن في الغصب يلزمه في الحال، وإن لم يصدقه؛ لأن غصب المحجور يوجب الضمان للحال وهذا عندهما، وعند أبي يوسف صدقه في الإضافة أم كذبه، فإنه يؤاخذ به للحال؛ لأن عنده الإقرار باستهلاك الوديعة واستهلاك الفرض وهو محجور عليه والإقرار بالغصب حالة الحجر سواء لما عرف.

وكذلك الصبي المأذون والمعتوه يلزمه الغصب في التصديق وكله في التكذيب إلا أن الصبي إذا أدرك لم يتبع بشيء مما أقر بعدما أخذ بالغصب.

وكذلك المعتوه بعد الإفاقة والعبد يلزمه كله إذا أعتق؛ لأن الصبي بهذه الإضافة يدعي الإبراء بعدما أقر بالسبب الموجب للضمان؛ لأن الإضافة من الصبي إلى حالة الحجر دعوى الإبراء من حيث المعنى، ألا ترى لو ثبت ذلك بالمعاينة أو بالبينة العادلة لم يؤاخذ أصلا لا للحال ولا بعد البلوغ فصار كما لو ادعى الإبراء بعد

الإقرار بالدين، فإن صدقه المقر له ثبتت البراءة وإن كذبه لم تثبت، كما لو قال أكلت طعامك بإذنك بخلاف الإضافة من العبد الكبير إلى حالة الحجر؛ لأن ذلك منه دعوى الأجل لا دعوى الإبراء؛ لأن إقرار العبد المحجور يصح فيثبت الدين بإقراره ولم يثبت الأجل إلا بتصديق رب المال وإقرار الصبي المحجور والمعتوه لا يصح ولا يوجب شيئًا فكان في إضافة الإقرار إلى حالة الحجر منكر الوجوب الضمان فيكون قوله مع يمينه، فإن أقام العبد والصبي البينة أنهما فعلا قبل الإذن وأقام المقر له البينة أنهما فعلا بعد الإذن لهما في التجارة فالبينة بينته كما أن القول قوله؛ لأن البينتين تساوتا في إثبات الدين ثم بينة المقر له تفردت بزيادة إثبات لأنها تثبت المؤاخذة في الحال وبينة العبد يبقى ذلك والمثبتة أولى من النافية.

ولو أذن له ثم حجر ثم أذن عبدا كان أو صبيا حرا فقال استهلكت كله في حال إذني الأول لزمه كله صدقه المقر له أم كذبه؛ لأن إقراره بهذا في الإذن الثاني معتبر بإقراره في الإذن الأول، ولو أقر بذلك في الإذن الأول يؤاخذ به للحال؛ لأنه مأذون أقر بدين حال فكذا هذا.

ولو حجر على عبده المأذون ولا مال له في يده ثم أقر بذلك كله أنه فعله في حال إذنه لم يلزمه إلا بعد العتق؛ لأنه محجور أقر على نفسه بالدين وليس في يده كسب الإذن فلا يؤاخذ به إلا بعد العتق؛ لأن الإذن قد زال بأصله وأثره إذا لم يبق في يده كسب فالتحق بالمحجور الأصلي، وإن أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به، فإن قال كان حقا لزمه؛ لأنه يجعل ذلك بمنزلة إنشاء الإقرار منه، ولو أنشأ الإقرار بهذا وهو مأذون وأخذ به للحال، وإن قال: كان باطلا تأخر حتى يعتق، وكذلك الصبي والمعتوه؛ لأنه لم يوجد منه إنشاء الإقرار في حالة الإذن، وإنما وجد منه الإقرار في حالة الحجر والمحجور لا يؤاخذ بإقراره إلا بعد العتق.

(باب إقرار المأذون في مرض مولاه أو إقرارهما جميعاً)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في إقرار العبد.

والثاني: في إقرارهما.

(فصل)

أصله: أنه إذا أقر العبد في مرض موت المولى وعلى المولى دين ينظر إن كان عليه دين الصحة وهو محيط بجميع ماله ورقبة العبد مستغرق له لا يصح إقرار العبد، وإن كان على المولى دين المرض صح إقراره؛ لأن العبد استفاد صحة إقراره من جهة المولى؛ لأنه إنما يصح بإذن المولى فصار إقراره كإقرار المولى والمولى لو أقر بدين في مرض موته وعليه دين الصحة محيط بجميع ماله لا يصح إقراره، وإن كان عليه دين المهر يصح إقراره فكذا هذا. ثم المسائل على أقسام أما إن كان على المولى دين الصحة ولا دين على العبد أو على العبد ولا دين على المولى أو على كل واحد منهما دين، أما الأول لو أقر المأذون في مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر في مرضه ويبدأ بدين الصحة؛ لأن إقرار العبد في مرض مولاه وعليه دين الصحة كإقرار المولى ولو أقر المولى بدين في مرضه وعليه دين الصحة لم يصح فكذلك إقرار العبد، ألا ترى أن العبد لو أقر لوارث مولاه في مرض لا يصح؛ لأنه جعل كإقرار المولى فكذا هذا.

وإن لم يكن على المولى دين وعلى العبد دين في صحة مولاه ثم أقر بدين في مرض مولاه تحاصا؛ لأن إقرار العبد بالدين في حق غرمائه صحيح وإن تضمن إبطال حق غرمائه عن البعض لما بينا بخلاف ما لو كان على المولى دين الصحة؛ لأنه متى صح إقرار العبد يتضمن إبطال حق غرماء المولى الذين تعلقت ديونهم برقبة العبد والعبد لا يملك ذلك؛ لأن إقراره كإقرار المولى لما بينا، فإن كان كل واحد منهما دين الصحة فأقر العبد بدين في مرض مولاه فلا يخلو إما أن تكون رقبة العبد وما في يده لا يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما جميعًا، فإن لم يفضل عن دينه لا يصح إقراره؛ لأن شغل دين العبد برقبته وكسبه بجميع صحة إقراره لغيره إذا كان على المولى دين الصحة لأنه لو صح إقراره لغيره وأخذ المقر له من رقبته وكسبه ما يخصه كان لغرماء صحة المولى أن يأخذوا ذلك من المقر؛ لأن ذلك فاضل عن غرماء صحة العبد وما يفضل عن دين غرماء صحة العبد يكون غرماء صحة المولى أولى

بذلك، فإذا أخذوا ذلك من المقر له العبد يرجع المقر له بذلك فيما في يد غرماء صحة العبد ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء في يد غرماء صحة العبد فكان في تجويز إقراره إبطال حق غرماء صحة العبد أصلا وذلك لا يجوز فلم يصح إقراره لحق غرمائه بخلاف ما لو لم يكن على المولى دين الصحة؛ لأنه لو جوزنا إقرار العبد يؤدي إلى إبطال حقهم عن الكل، فأما إذا فضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى لا يصح إقراره؛ لأن الفاضل عن دين العبد مال فارغ عن دينه وعلى المولى دين الصحة فصار ملحقًا بدين المولى لأن في حق الفاضل إقرار العبد كإقرار المولى لما بيناه فصار كما لو لم يكن على العبد دين وعلى المولى دين الصحة لا يصح إقرار العبد في مرض مولاه فكذا هذا.

وأما إذا فضل عن دينهما، فإنه يصح إقراره؛ لأن إقرار العبد في الفاضل عن دين المولى صحيح كما لو أقر المولى في مرضه وماله فاضل عن دين صحته يصح إقراره في الفاضل فكذا هذا.

(فصل)

وإن لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى في مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا في ثمن العبد؛ لأن إقرار المولى لاقى عبدا فارغا عن دين نفسه فيتعلق برقبته دين المولى وشغل رقبته بدين المولى لا يمنع جواز إقرار العبد؛ لأن دين المولى دين المرض ودين المرض لا يحجر المولى عن الإقرار بدين آخر فكذا لا يحجر العبد عن الإقرار بالدين لأن إقراره في مرض مولاه كإقرار المولى وإذا صح كل واحد من الإقرارين وتعلقا في رقبته تحاصا في ثمنها.

ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدأ بدين العبد؛ لأن جميع رقبة المأذون صارت مشغولة بدينه؛ لأنه صح إقراره؛ لأنه أقر بدين وليس على المولى دين الصحة فيتعلق الدين برقبته فلا يتعلق به دين المولى؛ لأن دين المولى مؤخر عن دين المأذون لما بينا.

ولو أقر العبد بدين ثم بدين في مرض مولاه ثم أقر مولاه بدين بُدئ بديني العبد فيتحاصان ثم بدين المولى؛ لأن ديني العبد تعلقا برقبته أولا؛ لأن دين غريم العبد لا يمنع ثبوت دين غريم آخر فصارت رقبته مشغولة بديني العبد وشرط صحة إقرار المولى أن تكون رقبة العبد فارغة عن دين نفسه وحين أقر المولى كانت رقبته

مشغولة له بدين العبد فلم يصح، فإن أقر العبد بدين ألف ثم المولى بألف ثم العبد بألف وقيمته ألف فبيع بألف بعد موت المولى لم يكن لغريم المولى شيء وتحاصَّ غرماء العبد؛ لأنه أقر المولى ورقبة العبد كلها مشغولة بدين العبد فلم يصح إقراره، فإذا أقر العبد بعد إقرار المولى صح لأن شغل العبد لا يمنع جواز إقراره فصح كلا الإقرارين من العبد وإقرار المولى صح في حقه لا في حق رقبة المأذون حتى لو ظهر للمولى مال سوى العبد يقضي من ذلك دينه.

ولو أقر العبد بألف وقيمته ألفان ثم المولى بألف ثم العبد بألف فبيع بألفين تحاص الثلاث بالسوية؛ لأن إقراري العبد قد صحا؛ لأنه لم يوجد ما يمنع صحتهما وإقرار المولى صح أيضًا؛ لأنه حين أقر كان الألف من قيمة العبد فارغة من دين العبد وفي هذا الفصل إلى يوم القسمة، وإذا صحت الأقارير كلها يكون ثمن العبد بينهم بالحصص أثلاثا، فإن باعه القاضي وخمسمائة فهي بينهم على خمسة لغريم المولى سهم من خمسة؛ لأن إقرار المولى صح بقدر خمسمائة؛ لأن إقرار المولى إنما يصح بقدر الفاضل يوم القسمة؛ لأن الفاضل عن حاجة العبد تصرف إلى دين المولى، وإنما يتحقق الفاضل عن حاجة العبد يوم القسمة؛ لأن الفاضل عن حاجة العبد تصرف إلى دين المولى والقضاء لا يوم الإقرار والفاضل عن دين العبد يوم القسمة خمسمائة فكان حق غريم المولى في خمسمائة وحق غريمي العبد في ألفين فيقسم المال على خمسة، وإن بيع بألف لم يكن لغريم المولى شيء؛ لأنه لم يفضل شيء من دين العبد وقت القسمة.

ولو أقر المولى أولا بألف وقيمته ألفان في مرضه ثم أقر العبد بألف ثم المولى بألف تحاصوا جميعًا ولم يبين كيفية القسمة أنه يقسم بينهم أثلاثا أم أرباعا.

وقال مشايخنا: يجب أن يكون نصفه لغريم العبد ونصفه بين غريمي المولى؛ لأن إقرار الأول من المولى قد صح في الكل؛ لأنه لاقى عبدا فارغا وإقراره الثاني صح في النصف؛ لأنه حين أقر للثاني نصف العبد وهو ألف مشغول بدين للعبد لا يثبت فيه دين المولى؛ لأن ذلك يمنع صحة إقرار المولى والنصف الذي هو مشغول بدين المولى لا يمنع صحة إقراره؛ لأن ذلك دين المرض فيكون بين غريمي المولى

بخلاف ما لو كانت قيمته ألفًا فأقر المولى بألف ثم العبد بألف ثم المولى بألف يقسم الثمن بينهم أثلاثا. والفرق وهو أن ثمة لو قسمت الألف أرباعا نصفها لغريم العبد ونصفها لغريم المولى كان لغريم الأول للمولى أن يرجع على غريم العبد فيأخذ منه مائة وخمسة وعشرين؛ لأن حق كل واحد منهما يثبت في الألف على السواء فيجب أن يستويا في القسمة، فإذا أخذ منه ذلك يأخذ الغريم الباقي للمولى من الأول نصف ما أخذه حتى يستويا فيحصل في يد كل واحد منهم ثلث الألف فتصير القسمة بينهم أثلاثا في الانتهاء فقسمنا بينهم أثلاثا في الابتداء قصرا للمسافة وهنا بخلافه؛ لأن حق غريم العبد ثبت في ألف على حدة وثبت حق غريم المولى في ألف على حدة فلا يجب التساوي بينهما في ثمن العبد.

ولو أقر العبد أولا بدين ألف ثم أقر المولى بثلاثة آلاف لثلاثة نفر متصلا أو منفصلا ثم أقر العبد بألف وقيمته ألفان فبيع بألفين اقتسموا أثلاثا يضرب غرماء العبد بألفي درهم وغرماء المولى بألف؛ لأن أقارير المولى قد صحت في ألف واحدة؛ لأن النصف من العبد وذلك ألف فارغ عن دين العبد وبإقراره الأول صار هذا النصف مشغولا إلا أن يشغله لا يمنع بجواز إقراره للثاني والثالث فقد اجتمع حق غرماء المولى في ألف واحدة وإقرار العبد للثاني بألف قد صح بجميع الألف؛ لأن شغل العبد بدين المولى لا يمنع إقرار العبد إذا لم يكن على المولى دين الصحة وإقراره للأول قد صح بجميع الألف؛ لأنه صادف محلا فارغا فصار حق غرماء المولى كلها في ألف واحدة وحق غريمي العبد لكل واحد منهما في ألف فوجب قسمة الثمن منهم أثلاثا ثلثاه لغريمي العبد وثلثه لغرماء المولى ثم ما أصاب غرماء المولى يكون بينهم أثلاثا؛ لأن حقوقهم متساوية في الألف.

ولو بيع بألف وخمسمائة كان لغرماء المولى سهم من خمسة؛ لأن أقارير المولى إنما تصح بقدر الفصل يوم القسمة والفصل يوم القسمة خمسمائة فكان حق غرماء المولى في خمسمائة وحق كل واحد من غريمي العبد في ألف فاجعل الخمسمائة بينهما فصار الكل خمسة أسهم، فإن خرج بعده دين كان للمولى على الناس مقدار ألفين وخمسمائة فغرماء المولى أحق به؛ لأنه يعتبر ما خرج من مال المولى في

الابتداء ألفان وخمسمائة فغرماؤه يأخذون ذلك بدينهم ويبقى حقهم في خمسمائة وحق غريمي العبد في ألفين فيكون ثمن العبد بينهم ويبقى حقهم في خمسمائة أخماسا فكذا إذا ظهر في الانتهاء فتبقى القسمة الأولى ماضية على حالها.

ولو خرج ثلاثة آلاف رد غرماء المولى ما أخذوا من ثمن العبد وذلك ثلاثمائة؛ لأنه إذا خرج في الانتهاء قدر حقهم ظهر أنه لم يكن لهم على ثمن العبد سبيل وما أخذوا من ثمن العبد أخذوا بغير حق، وإذا أقر العبد في مرضه بدين وعليه دين الصحة بدئ بدين الصحة بمنزلة الحر.

(باب إقرار المأذون لمولاه)

(المبسوط) مسائله على أربعة أوجه: إما أن يقر المأذون لمولاه، أو لعبد مولاه، أو لمكاتبه، أو لمن لا تقبل شهادة له.

أما الأول: ولو أقر المأذون بعين في يده لمولاه إن لم يكن عليه دين جاز، وكذلك لعبد مولاه وإلا فلا؛ لأن إقراره لا يلاقي حق أحد ولا يتضمن إبطاله وقد يفيد للمولى فائدة وهو أنه متى لحق العبد دين لا يتعلق حق الغريم بالعين المقر به للمولى وتثبت للمولى مطالبة عبده بتسليمه إليه بجواز أن تكون العين عند العبد وديعة للمولى أو غصبه منه، فإن أقر بدين لمولاه لا يجوز سواء كان عليه دين أو لا لأنه لا يستوجب المولى على عبده دينا؛ لأنه لا يفيده.

والثاني: لو أقر لعبد مولاه بدين إن كان على المقر له دين جاز؛ لأن هذا إقرار لغرماء العبد لا للمولى؛ لأن دين العبد المقر له يمنع وقوع الملك في أكسابه لمولاه إلا أن للمولى حق استخلاص كسبه بقضاء دينه فقد حصل مقرا بالدين لغرمائه وللمولى بحق الاستخلاص لا بالدين ويجوز أن يثبت لغرماء العبد المقر له على مولى المقر دين فلأن يثبت على عبده دين أولى، وإن لم يكن على العبد المقر له دين لا يصح إقراره؛ لأنه حينئذ يكون إقرارا لمولاه.

ولو أقر لمولاه بدين لا يصح فكذلك له هذا كله إذا لم يكن على العبد المقر دين، فإن كان عليه دين لا يصح إقراره سواء كان على المقر له دين أو لا؛ لأنه إذا

لم يكن على المقر له دين فقد أقر لمولاه من كل وجه، فإن كان عليه دين فقد أقر لمولاه من وجه؛ لأنه حصل مقرا لغرمائه بالملك وللمولى بحق الاستخلاص. والإقرار بحق الاستخلاص إن لم يكن إقرار بالدين إلا أن الإقرار بعين الدين من العبد المديون لا يصح لمولاه كما لو أقر له بعين، وإذا بطل هذا الإقرار للمولى بطل لغرماء الشركة.

والثالث: ولو أقر بالعين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح؛ لأن إقراره لمولاه بالعين في هذه الحالة جائز من كل وجه فمن وجه أولى، وإن كان عليه دين لا يصح إقراره؛ لأنه حصل مقرا بالعين للمولى من وجه؛ لأن للمولى حقًّا في كسب مكاتبه.

ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر دين أو لا؛ لأنه يجوز أن يثبت للمكاتب على مولاه دين فعلى عبد مولاه أولى بخلاف ما لو أقر للمولى بالدين ولا دين على المقر لا يصح؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للمولى على عبده دين.

والرابع: لو أقر لابن مولاه أو لأبيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق؛ لأن إقراره لهؤلاء ليس بإقرار للمولى، فإنه لا حق للمولى في اكتساب هؤلاء، ولهذا لو أقر المورث لابن وارثه أو لابنه صح؛ لأنه لم يقر للوارث بوجه ما كذا هذا، ولو أقر لابن نفسه أو لأبيه أو مكاتب أبيه لم يجز عليه دين أو لا عند أبي حنيفة وقالا يجوز؛ لأنه أقر لمن لا حق له في إكسابه فصار كما لو أقر لأجنبي لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا إقرار صورة شهادة معنى؛ لأن الشهادة ما تكون على الغير والإقرار ما يكون للغير على نفسه وهنا موجب إقراره على الغير؛ لأنه إن كان على المفردين فكسبه للغرماء فيكون مقرا على الغرماء، وإن لم يكن عليه دين فكسبه ملك مولاه فكان مقرا على المولى فكان موجب إقراره على غيره لا عليه فكان شهادة معنى والشهادة لهؤلاء لا تصح لو كان حرا فكذا لا يصح إقراره، وإذا أذن المأذون لجارية في التجارة فلحقها دين فأقر أحدهما لصاحبه بدين أو وديعة ينظر إن أقر العبد بذلك لها جاز سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن العبد من الجارية نزل منزلة المولى من العبد؛ لأن العبد المأذون يستفيد من جهة الجارية الفاضل من كسبها كما يستفيد

المولى من العبد الفاضل من كسبه ثم المولى لو أقر للعبد المأذون بالدين والعين يصح فكذا إقرار العبد للجارية يجوز، فإن لم يكن عليها دين ويكون العين المقر به في يد المولى من كسبها حتى يتعلق بذلك دينها ما لم يمنع المولى منها بعد طلبها فيكون متبرعا من يدها فأما قبل ذلك يكون من كسبها؛ لأن يد المودع يد المودع فيكون كون الوديعة في يد المولى ما لم يقصد الانتزاع بها بعد طلبها لكونها في يد العبد، وإن أقرت الجارية بالدين أو بالعين ينظر إن كان عليها دين لم يجز؛ لأن المأذون المديون إذا أقر لمولاه لا يصح إقراره فكذا إذا أقرت الجارية له؛ لأن العبد منها بمنزلة المولى، وإن لم يكن عليها دين فإقرارها بالعين جائز وإقرارها بالدين لا يجوز؛ لأن العبد إذا أقر لمولاه ولا دين عليه بالعين يصح وبالدين لا يصح فكذا إذا أقرت الجارية للعبد الإذن لها.

ولو كان بعض غرماء الجارية مكاتب المولى أو عبده وعليه دين لم يجز إقراره لها؛ لأن إقرار المأذون لمكاتب مولاه ولعبد مولاه وعليه دين لا يصح؛ لأنه أقر لمولاه من وجه، وإذا بطل الإقرار في حق المكاتب والعبد يظل في حق سائر الغرماء؛ لأنه إذا صح في شيء يشترك فيه الكل كالمريض إذا أقر لوارثه وللأجنبي لما بطل إقراره في حق الوارث بطل في حق الأجنبي لأجل الشركة فكذا هذا، وإن لم يكن عليه دين صح إقراره لغرمائها؛ لأنه يجوز أن يثبت لمكاتب مولاه ولعبده دين على مولاه في هذه الحالة فلأن يجوز أن يثبت لهما دين على عبد مولاه أولى.

(باب ما يلحق المأذون من الدين في التجارة والاستهلاك)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في بيع المأذون في دينه.

والثاني: في حكم اكتسابه.

والثالث: في حكم أولاد المأذونة.

(فصل)

وإذا لحق المأذون بمن يباع في الدين إن لم يكن في كسبه وفاء أو يقر به المولى.

وقال الشافعي: لا يباع إلا في دين الاستهلاك.

والصحيح قولنا؛ لأن المولى رضي بتعلق الدين برقبته؛ لأن الدين وجب بتجارته والمولى رضي بتجارته فلو لم يتعلق الدين برقبته يكون تصرفه نفعا محضا؛ لأنه لا ضرر فيه سوى تعلق الدين برقبة العبد استيفاء له لا ضرر للمولى في تعلق الدين بكسب التجارة؛ لأنه لا يمكنه؛ لأن الكسب حصل بفعل العبد وهو كسبه والكاسب أحق بكسبه، وإنما يملكه المولى عند فراغه عن حاجة العبد ولا يملكه عند شغله بحاجة العبد.

ولو لم يتعلق الدين بالرقبة لوقع تصرفا نافعا محضا فملكه العبد بدون إذن المولى كالاحتطاب والإحشاش والإيهاب فدل أن التصريح بالإذن إنما شرط ليصير المولى راضيا بهذا الضرر وبالإذن رضي بهذا الضرر فيلزمه ولا يجوز بيع المولى العبد المأذون بأمر بعض الغرماء إلا برضاء الباقين أو يكون القاضي هو الذي باعه ويعزل نصيب الغائب منهم من الثمن؛ لأن للمولى في العبد ملكًا وللغرماء حق وهو حق الاستسعاء بديونهم؛ لأنه لا يفي الثمن بحقوقهم فكان لهم أن يستسعوا العبد في ديونهم ليصل إليهم كمال حقهم وهذا الحق يفوت عليهم ببيع المولى فشرط إذنهم لهذا إلا أن للمولى أن يستخلص العبد بقضاء دينه كما للوارث في الديون المستغرقة بالتركة، وإنما كان للقاضي ولاية بيعه على الغائب؛ لأن للقاضي ولاية بيع المنقول على الغائب حفظا عليه فلأن يملك بيع عبد لهم فيه حق السعاية أولى.

(فصل)

وإذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئًا ثم لحقه دين سلم لمولاه ما أخذ، وإن كان عليه دين يوم أخذ قليل أو كثير لم يسلم للمولى ما أخذ، ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه؛ لأن للمولى أخذ كسب عبده

المأذون إذا كان فارغا عن دينه؛ لأنه صار ملكا له بكسبه وليس له أخذ كسبه إذا كان مشغولًا بالدين، وإن قل الدين لأنا لو جعلنا بعضه مشغولًا بقدر الدين في الابتداء وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الأول، وإذا أخذه كان للغريم الثاني أن يأخذ منه نصف ما أخذه إذا كان دينهما سواء؛ لأن حق الثاني تعلق بكسبه أيضًا؛ لأن تعلق حق الأول [لا يمنع][1] تعلق حق الثاني فكان للغريم الأول أن يرجع ما أخذه منه على المولى؛ لأنه استحق عليه بعض ما أخذه، وإذا أخذ ثانيا كان للغريم الأداء إن شاركه فيه أيضًا؛ لأنه كسب العبد المأذون ثم وثم إلى أن يوجد من المولى جميع ما أخذه من كسب العبد فيصير كله مشغولا في الانتهاء فجعلنا كله مشغولا في الابتداء قصرا للمسافة، ولو أخذ منه ضربين مثله وعليه دين سلمت له استحسانًا لا قياسًا وإن أخذ أكثر من علة مثله لا يسلم له الفضل.

وجه القياس أن الدين كما يتعلق برقبته ثم لا يسلم شيء للمولى من رقبته إذا كان عليه دين محيط برقبته؛ [لأن الغريم صار أحق به][2] من المولى فكذلك الكسب.

وجه الاستحسان: أن المولى أعطى العبد بإزاء علة المثل عوضًا بعدله؛ لأنه ترك عليه بإزائه من الاستخدام، فإنه كان للمولى أن يستخدم العبد المأذون؛ لأن المنافع بقيت على ملكه، وله حق الانتفاع به وأخذ بدل منافعه وهي العلة، فإذا شرط عليه علة المثل فقد ترك عليه الخدمة عوضًا عنها فكان ما أخذ من علة المثل أخذها بعوض يعدلها فيملك ذلك بخلاف ما إذا أزاد على علة المثل؛ لأنه أخذه بغير عوض وبخلاف الرقبة لأسلمت له بغير عوض بتركه على العبد.

عليه دين خمسمائة وفي يد عبد قيمته ألف، فأخذه ثم لحقه دين ألف ثم أبرأ الأول العبد من دينه لم يسلم للمولى ما أخذه، ولو أبرأه قبل لحوق الدين الثاني سلم للمولى ما أخذه كله؛ لأنه متى أبرأه قبل لحوق الدين الثاني فقد برئ العبد من دينه ولم يكن لأحد عليه دين فكان كسبه فارغًا عن الدين فملك المولى كسبه

(١) ما بين المعكوفتين في (س): يمنع تعلق.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): ثم لا يسلم شيء للمولى.

وخرج المأخوذ من أن يكون كسب العبد، ولهذا لم يملك بيعه فلا يتعلق ما لحقه من الدين بعد ذلك، ومتى أبرأه بعد لحوق الدين الثاني فقد أبرأه بعدما تعلق به حق الغريم الثاني فبقي مشغولًا بحق الثاني لم يسلم للمولى.

ولو لم يبرئه ولكن قال: لم يكن لي على العبد قليل ولا كثير بعدما لحقه الدين الثاني يسلم للمولى ما أخذه كله؛ لأنه لما قال: لم يكن لي على العبد دين، وأقر بذلك كاذبًا فقد كذب العبد إقراره، والمقر له متى كذب المقر في إقراره بطل إقراره في الأصل فظهر أن دينه لم يكن واجبًا على العبد حين أخذه المولى فصح أخذه، فأما بالإبراء لم يظهر أن الدين لم يكن واجبًا إلا أن الإبراء إسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه.

ولو كان المولى صدق عبده حين أقر للأول بالدين ثم لحقه الدين الثاني ثم قال الأول: لم يكن لي عليه شيء لم يسلم للمولى ما قبض؛ لأن المولى لما صدق عبده في إقراره بالدين وكذب الغريم الأول في إقراره؛ لأنه لا دين له على العبد فقد أقر أن ما أخذه كان مشتركًا بين الأول والآخر فصار مقرا لرجلين وقد صح إقراره؛ لأنه أقر بما في يده لغيره إلا أنه كذبه أحدهما وصدق الآخر فيؤخذ بإقراره للمصدق بخلاف ما لو صدق المولى الغريم الأول فيما قال إنه لا دين وكذبه العبد؛ لأن إقرار العبد على إقراره بمنزلة إنشاء إقرار آخر.

ولو أنشأ العبد إقرارًا آخر بعدما لحقه دين آخر أنه كان للأول عليه دين لا يصح إقراره في حق ما في يد المولى؛ لأنه أقر بما ليس في يده وإقرار الإنسان بما ليس في يده باطل.

(فصل)

وإذا ولدت المأذونة بعدما لحقها دين لزم الدين الولد كالأم يباعان فيه لأن دين الأم حق ثبت في رقبتها ثباتا مؤكدا؛ لأن دينها يجب في رقبتها فيتعلق برقبتها استيفاء لضعف دينها، ولهذا كان للغرماء بيعها بدينهم وقد ثبت ثباتًا مؤكدا؛ لأن المولى لا يقدر على إبطاله فيسري إلى الولد إذا كان حدوث الولد قبل حدوث الحق في الآخر؛ لأن الولد كما حدث تحدث على صفة الأم؛ لأنه تبع للأم من كل وجه حال اتصاله بالأم فيتعلق

الدين به تبعا للأم تحقيقا للتبعية قياسًا على الكتابة والتدبير والرهن وإن لحقها الدين بعد الولادة لا يباع الولد وهو للمولى لأن الدين إنما ثبت في رقبة الأم حال انفصال الولد عنها وبعد الانفصال الولد صار أصلًا ولم يبق تبعا للأم فلا يسري الدين إلى الولد تبعا كما في الكتابة والتدبير.

وأما الهبة والكسب فيباعان في الدين وإن استفاد بهما قبل الدين. والفرق أن تبعية الكسب للكاسب أشد من تبعية الولد للأم؛ لأن الكسب تبع للكاسب حقيقة وحكما بكل حال؛ لأنه حدث بكسبه وفعله والكاسب أحق بكسبه فيكون ملكا لها، ولهذا يجوز بيعه والتصرف فيه قبل أخذ المولى من العبد فيتعلق به دينه في الحالين.

وأما الولد تبع حال الاتصال ويصير أصلا بالانفصال، ولهذا لا يجوز للأم أن تبيع ولدها، وإن كان في يدها فلم يتعلق الدين به متى انفصل عنها وإن تعلق الدين بها لانعدام التبعية، ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعدها فالولد للأول خاصة؛ لأن الدين الأول لحقها قبل انفصال الولد فيتعلق بالولد والدين الآخر لحقها بعد انفصاله فلا يتعلق به ولا يدفع الولد بجناية الأم، وإن ولدته بعد الجناية؛ لأن موجب الجناية لا تجب في رقبة الجاني بل على المولى دفع الجاني بالجناية دون غيره والولد ليس بجاني فلم تجب عليه دفعه، وإذا لم يكن موجب الجناية متعلقة برقبة الأم لا يتعلق برقبة ولدها أصلا وأرش الجناية عليها بمنزلة الولد، وكذلك لو جنى عليها عبد فدفع بالجناية فهو بمنزلة الولد؛ لأنه بدل جزئها وهو منفصل عنها كالولد جزؤها المنفصل عنها.

[(الزيادات)][1] مسائله على أصول:

أحدها: أن الدين المحيط بالتركة يمنع وقوع الملك للوارث وغير المحيط لا يمنع وقال أبو حنيفة أولا يمنع أيضًا؛ لأن الدين وإن قل فهو شاغل لكل جزء من أجزاء التركة، ألا ترى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين بقي الدين فصار كل جزء من أجزاء التركة في حق الدين كأنه ليس ثمة جزء.

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

وجه قول الآخر أنه لا يجوز أن يمنع وقوع الملك في كل التركة؛ لأنه غير محيط بالكل ولا يجوز أن يمنع في البعض؛ لأنه لو منع في البعض لمنع في الكل لما قلنا والتركة لا تخلو عن قليل دين عادة، ولو قلنا بأنه لا يملك الوارث شيئًا من التركة لقيام الدين أدى إلى الإضرار والجرح بالورثة؛ لأنه لا تثبت اليد المتصرفة للورثة في التركة ويسد عليهم باب التصرفات والانتفاعات بها فتوخى إلى تعطيل ملكه وفيه ضرب إلا أن الوارث متى خوطب بقضاء الدين صار محاطًا بتعيين المال لقضاء دين المورث، فإذا عين انتقل ذلك القدر إلى ملك المورث؛ لأن الملك للوارث ثبت بطريق الضرورة وبالتعيين ارتفعت الضرورة فكان هذا قضاء الدين من مال المورث ودين العبد لا يمنع وقوع الملك للوارث في التركة إلا عند الحسن بن زياد رحمه الله.

له: أن دين المولى أقوى من دين المولى، ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى في الإيفاء من رقبة العبد ثم دين المولى إذا كان محيطا بالتركة يمنع الإرث فدين العبد أولى.

لنا: دين المولى إنما منع الإرث لحاجة المولى والمورث أصل والوارث خلف عنه والملك إنما ثبت للخلف عند استغناء الأصل وأما حاجة ليس بحاجة الأصل وهو المورث فلا يمنع ثبوت الملك للخلف؛ لأن الوارث يملك مال الموروث عند استغنائه وقد وجد.

والثاني: أن التركة تقسم بعد قضاء الدين على مثال ما يقسم عند انعدام الدين؛ لأن قدر الدين صارت مستحقا بالتركة والمستحق في حق الشركاء بمنزلة التاوي وما توي من مال المشترك يتوى على الكل وما بقي يبقى للكل وهذا؛ لأن أثر قضاء الدين في قبض المال لا في تعيين القسمة.

والثالث: دين المولى إذا لم يكن محيطًا لكن بانضمام دين العبد إليه يصير محيطا لا يمنع ثبوت الملك للوارث.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه يمنع؛ لأن دين العبد دين المولى معنى واعتبار اجتماعهما صار محيطا فصار مانعا. وجه ظاهر الرواية أن دين العبد بانفراده

لما لم يكن مانعا فكذلك بانضمامهما؛ لأن الانضمام لا تأثير له في المنع، وإنما المؤثر في المنع حاجة المورث وحاجة العبد غير حاجة المورث لما بينا فقد انعدمت حاجة المورث إلى منع الإرث فلا تمتنع.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في دين الوارث على عبد الميت.

والثاني: في دين الميت ودين العبد للموصى له.

والثالث: في هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين.

(الفصل الأول)

وإذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك ابنين وعبدًا قيمته ألف لا مال له غيره ولأحد ابنيه على العبد خمسمائة يباع العبد فيستوفي الابن دينه ثم يستوفي الأجنبي خمسمائة ما بقي من ثمن العبد؛ لأن دين المولى محيط بالتركة فلم يثبت الملك للورثة ودين الوارث دين العبد وهو مقدم على دين المولى فكان لأحد الابنين كمال حقه خمسمائة والثاني للغريم، وإن كان دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها سقط نصف دين الابن ويستوفي نصفه إلا مائتين وخمسين ثم يستوفي الأجنبي دينه خمسمائة بقي مائتان وخمسون ثلثاها للابن ذي الدين؛ لأن الدين غير محيط فصار العبد ميراثا بين الابنين نصفين وسقط نصف دين الابن الذي في نصيبه؛ لأن المولى لا يستوجب الدين على عبده وبقي نصف دينه في نصيب أخيه ودين العبد متقدم في ثمنه فيأخذ الابن نصف دينه أولا ثم غريم المولى يأخذ خمسمائة كمال حقه ثم الباقي يقسم بينهما أثلاثا؛ لأنه لو لم يكن على الميت دين لكان الباقي بعد دين الوارث وهو سبعمائة وخمسون بين الاثنين أثلاثا؛ لأن ابن ذي الدين ملك نصف العبد بالإرث والابن الآخر ملك النصف الآخر ثم استحق نصف ذلك بدين الابن فبقي حق الابن الآخر في مائتين وخمسين وحق ابن صاحب الدين في خمسمائة فكان الباقي بينهما أثلاثا فكذا إذا استحق بدين المولى خمسمائة يقسم الباقي أثلاثا لما بينا أن التركة تقسم بعد قضاء الدين كما كان يقسم حال انعدامه.

(الفصل الثاني)

ولو هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفي ثلثيه والأجنبي خمسمائة دينه يبقى مائة وستة وستون وثلثا نصفه للموصى له ونصفه للابنين؛ لأن الدين غير محيط بالتركة فملك الموصى له ثلث العبد فيسقط ثلث دينه يبقى ثلثا دينه في نصيب الورثة فيأخذ ذلك من قيمة العبد وهي ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقي بين الموصى له وبين الابنين نصفان؛ لأن الموصى له ملك الثلث بالوصية والورثة ملك الثلثين فاستحق نصف ذلك بدين الموصى له فبقي حق الورثة في ثلث الألف وحق الموصى له في مثله وهو ثلث جميع المال فكان الباقي بينهما نصفين فكذا إذا استحق بعض الباقي بدين الميت جعل ما بقي بينهما نصفين.

ولو كان دين الميت ألفًا يستوفي الموصى له تمام دينه أولًا ثم غريم الميت خمسمائة؛ لأن الدين متى كان محيطًا بالتركة لم يملك الموصى له شيئًا من التركة فلا يسقط شيء من دينه ودينه دين العبد ودين العبد مقدم على دين المولى في الإيفاء في رقبته، وكذلك لو أوصى بكله له ولم تجز الورثة بطل ثلث دينه؛ لأنه نفذت الوصية في الثلث وبقي ثلثا دينه في نصيب الورثة فيباع نصيب الورثة وسلم له ثلث العبد.

(الفصل الثالث)

ولو كان له عبد وهبه في مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا مال له غيره، فإن أجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه بخلاف ما إذا باعه من صاحب الدين لم يسقط دينه. والفرق أن حق صاحب الدين بالبيع يتحول إلى الثمن فلم يفت وبالهبة لا يتحول حقه إلى محل آخر فيسقط لفوات المحل وإن أبت رد على العبد بغير دين ويسلم له ثلثه. قال أكبر مشايخنا هذا قول محمد؛ لأنه لا يعود الدين بنقص الهبة في الثلثين. وعلى قياس قول أبي يوسف في مسألة الهبة في آخر الباب وجب أن يعود الدين بقدر الثلثين لما يأتي. ويقال للموهوب له إن لم تطلب

دينك فلك ثلث العبد وللورثة ثلثاه وإن طلبت دينك فرد جميع العبد وبطلت الهبة فإنك لا تتوصل إلى حقك إلا بإبطال أحدهما إما الدين أو الهبة وقيل عنده أيضًا لا يعود الدين بخلاف الرجوع في الهبة؛ لأن حق الرجوع ثبت مفارقا للهبة فبالرجوع تصير الهبة كأن لم تكن فيعود الدين فأما حق الورثة في نقض الهبة ثبت مقصورًا على حال الموت والدين كأن يسقط قبل ذلك فلم يقترن المبطل بالسبب وهو الهبة فلم يجعل كأن لم يكن، ولو وهب المريض للغريم ثلث العبد سقط ثلث دينه ثم الثلث الباقي في يد الغريم بينه وبين الورثة ثلثه له وثلثاه للورثة.

فرق بين الهبة والوصية

في فصلين:

أحدهما: أن في الهبة كل العبد ممن له عليه دين يسقط كل الدين إذا لم تجز الورثة وفي الوصية يسقط ثلثه.

والثاني: في الهبة إذا لم تجز الورثة لا يسلم الثلث للموهوب له وفي الوصية يسلم للموصى له.

أما الفرق الأول: أن في الهبة ملك الموهوب له كل العبد لوجود المطلق للتصرف وهو الملك للواهب فصح التمليك فوجده المسقط للدين في الكل وهو الملك فسقط كله وفي الوصية ملك الثلث لا غير؛ لأن الوصية لا تعمل إلا في الثلث فوجد المسقط في الثلث. والفرق الثاني أن المعادلة تشترط وقت القسمة وقد وجدت في الوصية دون الهبة؛ لأن الهبة تنفذ وقت التسليم إلا أنه ينقض بعد الموت، وإذا انتقض في الثلثين أثبتنا للورثة ثلثين مشغولا بالدين وبقينا للموهوب له ثلثا فارغا عن الدين؛ لأنه زال الشغل بسقوط دينه وقت التسليم فلم تتحقق المعادلة فلهم أن يشاركوه في الثلث، فأما الوصية تنفذ بعد الموت وكما مات ثبت للموصى له الملك في الثلث مشغولا وثبت للورثة في الثلثين مشغولة إلا أنه جاء التفاوت بعد ذلك بعارض ضرورة أن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا ولا غيره بالتفاوت بعد وجود المعادلة في القسمة فلا يثبت لهم حق الرجوع.

ولو كان دين الموهوب خمسمائة والمسألة بحالها لم يذكرها محمد رحمه الله في الكتاب لكن أوردها على الراوي في مسائله وقال: تنفذ الوصية في الخمس لأنا لو نفذنا الوصية في الثلث في الابتداء يظهر الخطأ في الانتهاء؛ لأن الوصية متى نفذت في الثلث يملك ثلث العبد فيسقط ثلث دينه وذلك مائة وستة وستون وثلثان وهو سدس الألف فيظهر أن العبد كان على ستة فيكون سهمان من العبد للموصى له بالوصية ويأخذ سهمين بدينه فيبقى للورثة سهمان فيظهر أن حق الورثة وحق الموصى له سيان ووضع الشرع أن حق الورثة ضعف حق الموصى له فيظهر أنا أخطأنا في القسمة. وهذا الخطأ جاء من قبل السهم السادس فطرحناه فصار العبد على خمسة أسهم للموصى له سهم فيسقط خمس دينه وبقي أربعة أخماس العبد وهي ثمانمائة وأربعة أخماس الدين أربعمائة فيباع خمسا العبد بدينه وبقي للورثة خمسان فيكون حقهم ضعف حقه بالوصية صحيح وهبا لعبد المديون من صاحب الدين حتى يسقط الدين ثم رجع في الهبة يعود الدين عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يعود والرجوع في الهبة قد ذكرناه في كتاب الهبة.

لمحمد: أن الدين يسقط والساقط مثلا شيء فلا يتصور عوده ألا ترى أن النكاح لا يعود بالرجوع في الهبة فكذا الدين.

لأبي يوسف: أن السقوط كان في ضمن الهبة، والهبة محتملة للفسخ، وإذا انفسخت صارت كأن لم يكن فيعود الدين كما إذا اشترى شيئًا بالدين ثم تفاسخا، وسقوط الدين متوقف غير نافذ؛ لأن الرجوع في الهبة فسخ من الأصل بدليل أنه بعد الرجوع يرد على بائعه بالعيب.

ولو لم يكن فسخًا من الأصل لما ملك الرد على بائعه فبالرجوع يظهر أن الدين لم يكن ساقطًا إلا أنه سقط ثم يعود. أرأيت لو كان الدين ليتيم فوهبه من اليتيم فقبله الوصي حتى يسقط ثم رجع الواهب في الهبة أيعود الدين هنا؟ إن قلتم لا يعود يكون إضرارًا باليتيم بإسقاط حقه مجانا وإن قلتم يعود فأي فرق بين هذه وتلك.

(باب العبد بين رجلين يلحقه دين)

(المبسوط): شريكان أذنا لعبدهما في التجارة فلا يخلو إما أن كانا شريكين

شركة ملك أو شركة مفاوضة أو عنان، فإن كانا شريكين شركة ملك أذنا لعبدهما في التجارة وأدانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه أجنبي مائة وأراد بالإدانة بيع العين بالنسيئة لا الإقراض منه فبيع العبد بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للأجنبي والنصف بينهما، فأبو حنيفة رحمه الله يعتبر القسمة في هذا النوع من المسائل على طريق العول والمضاربة وهو أن يضرب كل واحد من أصحاب الحقوق بجميع حقه وهما اعتبرا القسمة على طريق المنازعة لما تبين في حساب الوصايا.

أما تخريجه على أصل أبي حنيفة أن حق الأجنبي في مالين إدانة الأجنبي كلها صحيحة؛ لأن إدانته كلها لاقت عبد الغير وإدانة كل واحد من المولين صحت بقدر خمسين؛ لأن دين كل واحد نصفه لاقى نصيبه ونصفه لاقى نصيب شريكه فما لاقى ملكه لا يصح؛ لأنه لا يستوجب المولى على عبده دينا وما لاقى ملك شريكه يصح؛ لأنه لاقى ملك الغير فكان حقهما في مائة وحق الأجنبي في مائة فيضرب المولیان بمائة والأجنبي بمائة فتكون المائة مقسومة بينهما وبين الأجنبي نصفين وما أصاب المولیان فبينهما نصفين لاستواء حقهما.

وأما تخريجه على أصلهما وهو أنه اجتمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي وهو خمسون ودين مولى الأصغر وهو خمسون فقد استويا منازعتهما في نصيب مولى الأكبر فيكون مقسوما بينهما نصفين. وكذلك منازعة مولى الأكبر والأجنبي في نصيب الأصغر فيكون مقسومًا بينهما نصفين فصارت المائة مقسومة بين الأجنبي والموليين على أربعة أسهم مع اختلاف التخريجين.

ولو أدانه أحدهما والأجنبي والمسألة بحالها فثلثاها للأجنبي وثلثها للمولى المدين عند أبي حنيفة وعندهما ثلاثة أرباعها للأجنبي.

أما تخريجه فلأنه يضرب الأجنبي بمائة والمولى بخمسين فاجعل خمسين سهما فتكون المائة سهمين فاضرب الأجنبي بسهمين والمولى المدين بسهم فتكون المائة بينهما أثلاثا.

وتخريجه عندهما أن في نصيب مولى المدين ثبت دين الأجنبي ولم يثبت دين

المولى فيكون نصيب المدين وذلك خمسون للأجنبي بلا منازعة وفي نصيب شريكه اجتمع دين الأجنبي وذلك خمسون؛ لأنه استوفى من دينه خمسين ودين مولى المدين وذلك خمسون فيكون بينهما نصفين لاستواء منازعتهما فيه، وإذا صار أحد النصفين على سهمين صار النصف الآخر كذلك فتقسم المائة بينهما أرباعًا ثلاثة أرباعه للأجنبي وربعه للمولى.

ولو كانا شريكين مفاوضة أو عنانا وبينهما عبد ليس من شركتهما فأدانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبي مائة فبيع بمائة فثلثاها للأجنبي وثلثها بينهما عند أبي حنيفة؛ لأن دين الأجنبي وجب كله ودين المولى ثبت نصفه؛ لأن إدانة أحد المولبين كإدانتهما؛ لأن المال من مال الشركة وإدانة أحد الشريكين من مال الشركة كإدانتهما فصار كأن كل واحد أدانه خمسين وتلك الإدانة لاقت نصيبه ونصيب شريكه فما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه ثبت فيثبت من دين كل واحد منهما خمسة وعشرون فثبت من دينهما خمسون ودين الأجنبي مائة فتقسم المائة بينهما أثلاثا، وأما عندهما قيل كذلك؛ لأنه ثبت من دين الأجنبي في نصيب كل واحد من المولبين خمسون وثبت من دين كل واحد منهما في نصيب شريكه خمسة وعشرون فيقسم بدل نصيب كل واحد منهما بين الأجنبي وبين أحد المولبين أثلاثا ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى فصار الكل بينهما أثلاثا وقيل على قولهما يجب أن يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة أرباعها للأجنبي وربعها بين المولبين؛ لأنه الأجمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي وذلك خمسون ودين مولى الأصغر وذلك خمسة وعشرون فخمسة وعشرون خلي عن منازعة مولى الأصغر فيسلم للأجنبي بلا منازعة أحد وخمسة وعشرون آخر استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين ومتى صار خمسة وعشرون على سهمين صار خمسون على أربعة أسهم، وكذلك في نصيب مولى الأصغر فصار جميع المال على ثمانية أسهم أربعة بلا منازعة وسهمان مع المنازعة وسهمان بين المولبين مع المنازعة، فإن كان العبد من شركتهما والمسألة بحالها فالمائة كلها للأجنبي؛ لأنه لا فائدة في ثبوت دينهما؛ لأن الدين للشركة والعبد للشركة؛ لأنه لم يفد إخراج شيء من الشركة عن الشركة ولا إدخال ما ليس

من الشركة في الشركة فلغت الإدانة بخلاف ما إذا لم يكن العبد من شركتهما أو المال المدان ليس من شركتهما؛ لأن الإدانة مقيدة لأنها تقيد إخراج ما كان للشركة عن الشركة وإدخال ما ليس من الشركة في الشركة وهو بدل العبد أو المال المدان. قيل هذا إذا كانا متفاوضين بينهما عبد مأذون أدانه أحدهما مائة والأجنبي مائة وغاب الذي لم يدن وحضر الأجنبي يباع نصيب الذي أدان في دينه ويأخذ كله الأجنبي؛ لأن دين المولى ليس بواجب فيه بل فيه دين الأجنبي خاصة ولا يباع نصيب الغائب؛ لأن القاضي إنما يتصرف في مال الغائب صيانة لماله نظرا له ولا نظر له في بيع ماله بالدين بجواز أن يحضر فيستخلص العبد تفضلا منه، فإن بيع بخمسين ثم حضر الآخر بيع نصيبه لرب الدين والشريك بينهما نصفان لاستواء دينهما فيه فصارت القسمة أربعا بلا خلاف متى بيع العبد بصفقتين فتكون هذه المسألة شاهدة لهما على أبي حنيفة فيما إذا بيع العبد على صفقة واحدة كانت القسمة عنده أثلاثا. والفرق له أنه متى بيع بصفقة واحدة فجميع التي تكون مشتركًا بين المولين ما من جزء إلا وفيه حق الأجنبي وحق مولى المدين ولا يصفو شيء من الثمن من حق مولى المدين حتى يخلص للأجنبي فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في الثمن وحقهما أثلاثا فتكون القسمة أثلاثا ومتى بيع بصفقتين فنصيب مولى المدين متى بيع فجميع ثمن نصيبه للأجنبي خاصة؛ لأنه لا يثبت له في نصيبه دين يخلص للأجنبي ومتى بيع نصيب الذي لم يدن اجتمع في نصيبه دين الأجنبي ودين مولى المدين فيقسم بينهما نصفين، فإن توي ثمن ما بيع للأجنبي على المشتري كان من نصيب الذي لم يدن بينهما أثلاثا سهم للمولى وسهمان للأجنبي لأنه لم يصل إلى الأجنبي من نصيب المدين شيء فبقي حقه كله فيه كالتركة متى بقيت بالدين ثم توي الثمن على المشتري لا يكون ما توي محسوبا على الغريم الذي لم يقبض ذلك فكذا هذا.

وإن أذن الأجنبي على الخمسين على نصيب الذي لم يدن ثم خرج ما توي وهو خمسون أو أقل منه كان كله للأجنبي ما لم يرد على ثلثي المائة كانت الزيادة لمولى المدين؛ لأن تقدر ثلثي المائة مشغول بدين الأجنبي ليصل إليه كمال حقه والزيادة على ذلك قد فرغ من دينه فيكون لمولاه؛ لأنه ثمن عبده كان ينبغي أن ينقض

القسمة؛ لأن لما وصل إليه خمسون ظهر أن حقه في نصيب غير المدين كان في خمسين لا في مائة فظهر أنا أخطأنا في القسمة. والجواب عنه: أن الوصول يقتصر على الحال ولا يستند إلى ما قبله فلأن ظهر بخلاف ما وجبت القسمة؛ لأنه لم يظهر إن بيع العبد كان بصفقة واحدة فلم يظهر الخطأ في القسمة.

ولو أدانه كل واحد منهما مائة لرجل آخر بأمره وأدانه أجنبي مائة ثم بيع بمائة أو مات عن مائة كان بينهم أثلاثا؛ لأن دين كل واحد منهم ثبت كله؛ لأن الدين للأخرى لا للموليين وكل واحد منهما بمنزلة الرسول عن الآمر؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للمولى قبل عبده مطالبة بالدين لغيره والمالك للدين هو الآمر والمطالبة له والمأمور بمعزل عنه ملكا وحقا وهما أجنبيان من العبد فصح دينهما فكان دينهما مائتين ودين الأجنبي مائة فيقسم بينهم أثلاثا ثلثاه للموليين وثلثه للأجنبي وهذا عندهم جميعًا؛ لأنه لم يخل شيء من المال عن منازعة أحدهم حتى يقسم على طريق المنازعة عندهما فيقسم على طريق العول على قول الكل.

ولو كان كل مائة بين المولى وبين الذي أمره بالإدانة قسمت المائة على عشرة أربعة للأجنبي المنفرد وأربعة للأجنبيين شريكي الموليين وسهم لكل واحد من الموليين؛ لأن دين الأجنبي المنفرد ثبت كله وهو مائة ودين الموليين ثبت نصفه وذلك خمسون لكل واحد منهما خمسة وعشرون؛ لأنه سقط من دين كل واحد منهما نصفه فيجعل كل خمسة وعشرين سهمًا فيصير حق الموليين سهمين وحق الأجنبيين الشريكين في أربعة وحق الأجنبي المنفرد في أربعة فيقسم بينهم على عشرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقسم على سبيل المنازعة على ستة عشر سهما؛ لأنه اجتمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي المنفرد وذلك خمسون ودين شريك المدين وذلك خمسون ودين مولى الأصغر وذلك خمسة وعشرون، ولا منازعة لمولى الأصغر في خمسة وعشرين فيكون بين الأجنبي المنفرد وبين الأجنبيين الشريكين أثلاثا بقي خمسة وعشرون استوت منازعة الكل فيه فيقسم بينهم على قدر حقوقهم وحق الأجنبي المنفرد في خمسين وحق الأجنبيين الشريكين في خمسة وعشرين، وكذلك حق مولى الأصغر فصار الخمسة والعشرون

التي استوت منازعتهم فيها على أربعة فصار النصف على ثمانية فصار الكل ستة عشر سهمًا. عبد أدانا له وقيمته مائتا درهم فأدانه أجنبي مائة فحضر الأجنبي وغاب أحد الموليين فباع نصيب الحاضر واستوفى دينه يرجع هذا الشريك على الغائب بخمسين نصيبه يباع فيه أو يفديه؛ لأن كل نصف من العبد يصير مشغولا بجميع الدين حال تعذر استيفاء الدين من النصف الآخر كالتركة إذا كانت ألف عين وألف دين على غائب وعلى الميت دين ألف، فإنه يؤخذ الدين كله من الألف الحاضرة فكذا هذا، فإذا بيع نصيبه بدينه فقد قضى عن الغائب خمسين درهما من الدين الذي كان في نصيب الغائب من نصيب نفسه؛ لأن جميع المائة كان في النصيبين وهو مجبر على القضاء فكان له الرجوع بذلك ويباع نصيب الغائب كذلك كأحد الوارثين إذا غاب ونصف التركة في يده ونصفها في يد الحاضر يرجع على الغائب بنصف ما قضى فما كان في يده فكذا هذا.

(باب تأخير دين العبد المأذون وحطه وهبته منه)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في حط الدين وهبته منه.

والثاني: في هبة غيره له.

والثالث: في الإقالة.

(فصل)

ولا يجوز هبة العبد التاجر الثمن ولا حطه إلا بعيب؛ لأنه تبرع واصطناع معروف وليس من صنيع التجارة فلا يدخل تحت الإذن بخلاف الإعارة والتأجيل وأنه إن كان تبرعًا إلا أنه من صنيع التجارة؛ لأنه لا بد للتاجر منه فإنهم يؤجلون الدين احتيالًا لاستخراج المال ويبيعون بالأجل والحال حتى تكثر مبايعة الناس معهم فيصير سببًا لتكثير الربح.

وكذلك الحط للعيب بقدر حصته من الثمن يجوز؛ لأنه من جملة التجارة؛ لأنه

لا بد للتجار منه حتى لا ترد عليهم السلعة المبيعة ويؤخذ منهم الثمن، وربما يكون ما يستبقون من الثمن بعد الحط خيرًا من أخذ السلعة وصار كالضيافة اليسيرة، فأما إذا كان المحطوط أكثر مما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز؟ لم يذكره في الكتاب.

واختلفوا فيه؛ قيل عند أبي حنيفة يجوز، وعندهما رحمهم الله لا يجوز،؛ لأن الحط للعيب بمنزلة البيع والشراء؛ لأن المشتري استحق على المأذون بسبب العيب جزءًا وهو مال بدليل أنه متى تعذر رده على البائع بعيب حدث عنده كان له أن يرجع عليه بحصته من الثمن والمأذون يحط بعض الثمن يشتري ذلك الجزء منه، والمأذون إذا اشترى بغبن فاحش وهو على الخلاف فكذا هذا وقيل لا يجوز بالإجماع؛ لأن البيع والشراء بغبن فاحش تجارة؛ لأنه تمليك مال بمال فأما الحط ليس بتجارة؛ لأن المشتري إن كان يملك بعض الثمن من جهة المأذون فالمأذون لا يملك شيئًا من جهة المشتري حقيقة؛ لأن الجزء الفائت معدوم حقيقة والمعدوم لا يتصور تملكه فكان هذا تبرعا حقيقة لا بيعا.

(فصل)

اشترى من رجل شيئًا فوهب الثمن من العبد أو من مولاه جازت هبته عليه دين أو لا؛ لأن العبد يملك قبول الهبة، وإن كان محجورا والمأذون أولى وهذا الدين، وإن كان على العبد حقيقة فهو على المولى دينا؛ لأن المستحق بهذا الدين مال المولى وهو رقبة العبد وكسبه والمديون من يستحق عليه بالدين ماله فتكون هذه هبة الدين ممن عليه الدين وصار كغريم الميت إذا وهب الدين من الوارث يصح؛ لأنه مستحق بالدين ماله أو حقه وكذا هذا ويريد الهبة برد العبد إذا وهب منه؛ لأن الدين عليه، فإذا رده يبقى عليه والعبد يملك ذلك ويجب أن يكون في غريم الميت إذا وهب الدين من الوارث فرده يبطل الهبة؛ لأن الهبة حصلت للوارث، وإنما الخلاف فيما إذا وهب للميت فرده الوارث وقد مرت في الكفالة.

ولو قبل العبد الهبة أو المولى ثم وجد بالمشترى عيبا والثمن غير مقبوض ليس

له أن يرده خلافًا لزفر وهذا بناء على أن المرأة إذا وهبت الصداق من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بنصف الصداق خلافًا لزفر؛ لأنه وصل إلى الزوج بالهبة عين ما كان مستحقه بالرد، وإذا كان لا يستوجب على البائع شيئًا لو رد بالعيب كان ردا بغير ثمن فيكون تبرعا والتبرع لا يصح من المأذون.

ولو وهب منه بعد القبض فله أن يرده بالعيب ويأخذ منه الثمن إن كان بغير عينه؛ لأنه لم يسلم له بالهبة عين ما كان مستحقه بالرد، فإنه كان يستحق بالرد مثل المقبوض لا عينه وقد سلم له بالهبة عين المقبوض فكان له الرد وإن كان الثمن عينا ليس له أن يرده خلافًا لزفر رحمه الله، أما إذا كان الصداق عيبا فوهبته المرأة من زوجها بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء خلافًا له؛ لأنه وصل إليه بالهبة على ما كان يستحقه بالطلاق بالرد فمتى رده رده بغير ثمن فلا يصح ثم إن وهب الثمن بعد القبض للمولى كان له دون الغرماء؛ لأنه ملكه بعقد جديد.

ولو وهب من العبد كان لغرمائه، وإذا اشترى العبد من رجل غلاما بجارية ثم وهبها المشتري من العبد وعليه دين أولا أو وهبها من المولى ولا دين عليه ثم وجد العبد بالغلام عيبا لم يقدر على رده؛ لأنه وصل إلى المأذون بالهبة عين ما كان يستحقه بالرد؛ لأنه بالرد كان يستحق أخذ الجارية المبيعة على وجه يعود إلى ملكه أو إلى ملك المولى إذا لم يكن عليه دين وقد وصل إليه ذلك بالهبة، ولو رده رده بغير ثمن والرد بغير ثمن تبرع، ولو وهبها من مولاه وعليه دين ثم وجد العبد بالغلام عيبا رده وأخذ قيمة الجارية يوم دفعها؛ لأنه لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالرد، فإنه كان بالرد يأخذ الجارية على وجه يعود إلى كسبه ويقضي منها دين الغرماء ألا ترى أن الجارية لو كانت في يد مشتريها فرد المأذون الغلام بالعيب ثم أخذ المولى الجارية من المشتري وعيبها كان للمأذون أن يرجع عليه بقيمة الجارية وبالهبة من المولى لم تعد الجارية إلى كسبه ومتى لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالرد فلو رد رد بثمن مجاز فلو ولدت الجارية في يد بائع الغلام أو جنى عليها هو أو وطئها ثم وهبها من العبد أو من مولاه وعليه دين أولا جازت الهبة.

ولو وجد بالغلام عيبا رده وأخذ منه قيمة الجارية؛ لأن حق المأذون عند رد

الغلام بالعيب في قيمة الجارية لا في عينها؛ لأن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب وقد وصل إلى المأذون عين الجارية لا قيمتها فلو رده رده بثمن وهو القيمة فلا يكون تبرعا، وكذلك لو تعيبت في يد المشتري بآفة سماوية أو بفعل المشتري؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة عين حقه من كل وجه؛ لأن حقه إما في أخذ عين الجارية أو في تضمين قيمتها فلا يمكن أن يجعل وصولها إليه بالهبة كوصولها إليه بالرد، وإذا اشترى العبد من رجل جارية بعبد وبألف درهم وتقابضا ثم وهب الحر العبد والألف من العبد أو مولاه ثم وجد بالجارية عيبا لم يقدر على ردها إلا أن تكون الهبة للمولى أو على العبد دين فيردها ويأخذ من الحر ألف درهم وقيمة العبد؛ لأن ما يخص العبد من الألف فقد وصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالرد، وأما ما يخص الألف من الجارية فلأنه لو رد خصه الألف من الجارية ورجع عليه بالألف تضرر به البائع، فإن الجارية خرجت عن ملكه غير معيبة بعيب الشركة والآن تدخل في ملكه معيبة بعيب الشركة فامتنع الرد فيما يخص الألف من الجارية لضرر يلحق البائع بالرد إلا أن تكون الهبة للمولى وعلى العبد دين؛ لأن الهبة منه بمنزلة الهبة من الأجنبي بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأن الهبة من المولى بمنزلة الهبة من العبد لما بينا، فإن قضى له بذلك على الحر ثم أبرأ الغرماء المأذون من الدين أو وهبوه من مولاه بعدما رد الجارية لم يتغير الحكم؛ لأنه بالإبراء والقضاء لا يظهر أنه لم يكن على العبد دين وقت الرد، وقضاء القاضي متى نفذ في موضع لا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وصار كما لو قضى القاضي بالفرقة بالعنة أو بالرد ثم زال العيب أو العنة لا ينقض قضاؤه؛ لأنه لم يظهر أن العيب والعنة لم تكن وقت القضاء حتى يظهر خطأ القاضي.

(فصل)

إقالة المولى بيع العبد وشراؤه ولا دين عليه جائزة بخلاف ما إذا كان عليه دين؛ لأن الإقالة تجارة فكانت بمنزلة البيع، ولو باع المولى شيئًا من كسب العبد المأذون ولا دين عليه جاز بيعه فكذا تجوز إقالته كالموكل إذا قال بيع الوكيل صحت إقالته؛

لأنه ملك بيعه فجاز إقالته ولا يجوز بيع المولى كسب المأذون متى كان عليه دين فلا تجوز إقالته.

ولو باع المأذون جارية من رجل بجارية فتقايلا ولم يتقابضا حتى ولدت كل واحدة ولدًا قيمته ألف، وقيمة كل واحد ألف، أخذ كل واحد منهما جاريته وولدها؛ لأن الولد إن حصلا على ملكهما، فإن لم يتقابضا بعدما تقايلا حتى ماتت الأمتان وأراد أخذ الولدين أخذ كل واحد منهما الولد الذي في يد صاحبه ونصف قيمة أمة؛ لأن الإقالة قد انتقضت بموت الأمتين في نصفهما وتعيبت في نصفهما؛ لأن الولدين لما بقيا إلى وقت القبض يدخلان تحت الإقالة كما يدخلان في البيع فصار كأن الإقالة وردت على الجاريتين والولدين جميعًا فتكون كل جارية وولدها مقابلا بالجارية الأخرى وولدها كما لو كان مكان الإقالة بيعا انقسم على السواء فيكون بإزاء كل جارية نصف الجارية الأخرى ونصف ولدها وقد بقيت الإقالة في حق الولدين؛ لأن الإقالة تبقى ببقاء أحد البدلين فتبقى الإقالة صحيحة في نصف كل جارية لبقاء نصف بدلها فيجب على كل واحد من المشتريين يسلم نصف الجارية التي بإزائها ولد الأخرى وقد عجز عن ذلك بموتها فعليه رد نصف قيمتها.

ولو كانت قيمة كل ولد خمسمائة أخذ كل واحد الولد الذي في يد صاحبه وثلث قيمة أمة؛ لأن الإقالة انتقضت في كل واحدة من الجاريتين في الثلث وبقيت في الثلث؛ لأن قيمة كل واحدة على الضعف من قيمة ولدها فصار ثلثاها بإزاء الجارية الأخرى وثلثها بإزاء ولدها فبموت كل واحدة منهما هلك ثلثا بدلها وبقي ثلثه.

ولو هلك الولدان دون الأمتين أخذ كل واحد جاريته ولم يتبع صاحبه بشيء؛ لأن الزيادة لم تبق إلى وقت القبض فيجعل وجودها وعدمها بمنزلة كما في البيع؛ لأن البيع والإقالة لم ترد عليهما حقيقة ولا ما هو سببه بالعقد وهو القبض. وإن هلكت الأمتان وأخذ الولدين، فإن الذي في يده الولد الحي يدفعه إلى صاحبه ويأخذ منه ثلث قيمة الأمة التي هلكت في يد الأخرى؛ لأن الولد الحي كان بدلا

عن ثلث الجارية التي في يد صاحبه فتبقى الإقالة في ثلثها ببقاء الولد فيجب على صاحبها تسليم ثلثها إلى الذي بقي في يده الولد وقد عجز فعليه رد قيمته.

ولو اشترى المأذون عبدا بجارية فوهب العبد من بائعه قبل القبض فقبل الهبة فهذا أنقض للبيع، وإن لم يقبل فالبيع على حاله؛ لأن تمليك المبيع قبل القبض فهي عنه فجعلت الهبة كناية عن الإقالة لأنها تصلح كناية عن الإقالة على ما مر في كتاب البيوع.

ولو وهب المشتري الجارية من العبد وهذا إقالة إن قبل الهبة كان عليه دين أولا؛ لأن الهبة لما صارت كناية عن الإقالة والإقالة تصح من المأذون كان عليه دين أولا، وكذلك لو وهبها من المولى ولا دين على العبد؛ لأن البيع واقع للمولى من وجه؛ لأن الملك يقع له فصار كأن المولى هو العاقد والهبة جعلت إقالة والمولى يملك إقالة بيع العبد وشراءه إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين لم تكن إقالة والبيع على حاله والجارية للمولى دون الغرماء ويقبض العبد الغلام؛ لأنه أمكن العمل تحقيقه الهبة وتعذر العمل بمكانها؛ لأن بيع المأذون المديون لا يكون كبيع المولى؛ لأن المولى لا يملك بيعه بنفسه ولا يقع الملك له فصار المشتري واهبا عن البائع قبل القبض وذلك جائز؛ لأنه يصير الموهوب له قابضا المبيع للمشتري؛ لأنه يصلح نائبا عنه في القبض ثم يصير قابضا لنفسه ولا كذلك البائع لما بينا في البيوع.

(باب وكالة العبد المأذون)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في توكيل المأذون.

والثاني: في توكيل غريمه مولاه بقبض الدين من العبد.

والثالث: في توكيل المأذون وشريكه مولاه بالخصومة.

والرابع: في توكيل عبده المأذون.

(فصل)

وللعبد أن يوكل غيره بالبيع والشراء نقدا ونسيئة؛ لأنه من صنيع التجارة ولأنه هو المتبرع عليه فالإذن ليس بشرط لقبول التبرع ولا لتمامه، ولو وكل عبد مأذون حرا ببيع متاعه فباع من رجل له على المأمور دين صار قصاصًا عندهما خلافًا لأبي يوسف، لأن عندهما الوكيل يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض، فملك الإبراء بعوض بالمقاصة بطريق الأولى وعنده لا يملك الإبراء أصلا.

ولو كان الدين عليهما وعلى العبد صار قصاصًا بدين العبد اتفاقا؛ لأن الثمن وجب للآمر دون المأمور حقيقة؛ لأنه مملوك للآمر حقيقة وحكما فكان وقوع المقاصة بما عليه من الدين أولى من قوع المقاصة بما على المأمور ولأنهما لو أبرآ المشتري عن الثمن يبرأ ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور؛ لأن ولاية الموكل ولاية أصلية وولاية الوكيل ولاية عارضية فكان التنفيذ باعتبار الولاية الأصلية أولى من التنفيذ بولاية عارضية كالموكل مع الوكيل إذا باعا معا فبيع الموكل أولى، فإذا كانت البراءة بإبراء الأمر أولى فكذا تقع المقاصة بدين الآمر لا بدين المأمور لأنها إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

(فصل)

أصله: أن العامل بنفسه لا يصلح أن يكون نائبا عن غيره؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره لا لنفسه، ولهذا المديون لا يصلح وكيلًا عن الدائن بقبض ما عليه من الدين؛ لأنه عامل لنفسه في قبض ما عليه؛ لأن يبرئ ذمته عن الدين والأجنبي يصلح وكيلًا بقبض ما على المديون؛ لأنه عامل لغيره.

ولو كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم تجز الوكالة ولا قبضه، فإن أقر بقبضه لم يجز ولا يبرئ العبد؛ لأن المولى في قبض الدين من عبده عامل لنفسه؛ لأن فيه تطهير مالية وتسرية رقبة عبده عن الدين ورقبة مملوكه فكان تبرئة رقبته كتبرئة رقبة نفسه فيصير كالوكيل في حق نفسه فلم يصلح وكيلًا بقبض الدين من عبده وصار كما لو وكل غريم الميت الوارث بقبض دينه من التركة لا يصح؛ لأنه عامل لنفسه؛ لأنه يظهر التركة عن الدين.

وذكر في كتاب الوكالة: أنه يصح قبضه، فإن عاين الشهود قبضه رده إن كان قائمًا

وإن هلك في يده لم يضمن؛ لأنه قبضه بإذن المديون والغريم، ولو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز وإن أقر بقبض ذلك لم يجز والهالك في يده صدق؛ لأن العبد فيما يقبض من الدين عامل لغيره لا في نفسه؛ لأن في قبضه تبرئة ذمة المولى وتطهيرها عن الدين والمولى وماله غير مملوك للعبد فصلح وكيلًا عنه وصار كما لو وكل غريم الميت عبدا من تركته بقبض دينه من التركة صح؛ لأنه فيما يقبض عامل لغيره وهو الغريم والوارث لا لنفسه. لرجل على عبدين مأذونين في التجارة على أحدهما لأجنبي دين ألف درهم فوكل الأجنبي الآخر بقبضه جازت الوكالة؛ لأن العبد يصلح وكيلًا للأجنبي بقبض الدين من مولاه فمن عبده أولى؛ لأنه أبعد إليه من مولاه، ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه، فإن نكل عن يمينه لزمه ذلك في عتقه؛ لأن هذا دين لحقه بإذن المولى؛ لأن التوكيل عن الغير من باب التجارة.

على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض دينه صدق؛ لأنه لو وكل عبده بذلك جاز، فإذا وكل ابنه أولى.

ولو كان على العبد دين ألف درهم فرهن به رهنا ووضعاه على يد مولاه وهلك في يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد؛ لأن قبض الرهن قبض للدين حكما، فإنه متى هلك صار قابضا لدينه والمولى لا يصلح وكيلًا بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عدلا بقبض الرهن من عبده، فإذا هلك في يد مولاه كان الدين على حاله وكان أمينا فيه.

ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبدًا من بعض غرمائه فللباقين المنع؛ لأن الرهن إيفاء حكما، ولو أبرأ العبد بعض غرمائه في الإيفاء الحقيقي لا يصح لما فيه إبطال حق الباقين عن المؤدى فكذلك لو أبرأ البعض في الإيفاء الحكمي لا يصح.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في توكيل الشريك العبد بقبض دينهما.

والثاني: في توكيلهما مولى العبد بالخصومة في دينهما.

(أما القسم الأول): للعبد التاجر ولرجل آخر على رجل ألفا درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبض يكون بينهما نصفين وإن هلك هلك من مالهما قبل التوكيل بالقبض جائز حتى لو أقر بالقبض يجوز إقراره على شريكه، ولو هلك المقبوض في يده هلك من مالهما.

ولو لم يصح التوكيل بالقبض لهلك المقبوض من مال العبد خاصة كما لو قبض بغير إذن شريكه فعلم أن التوكيل بالقبض جائز؛ لأنه في قبض نصيب الأمر عامل له؛ لأنه يعين ملكه في المقبوض ويبرئ ذمة الغريم، وإنما لا يجوز التوكيل بالقسمة؛ لأن شريكه الآخر غائب والواحد لا يصلح مقاسما ومقاسما.

وكذلك لو كان الدين بين الحرين فوكل أحدهما صاحبه بقبض نصيبه وقيل لا تصح الوكالة مطلقًا كما نص في الكتاب؛ لأنه يملك قبض نصيب شريكه بحكم الوكالة متى صحت الوكالة ومتى قبض نصيب شريكه وهلك عنده يهلك على شريكه خاصة؛ لأنه قبضه بإذنه فتحمل أن يقبض نصيب نفسه وهلك عنده فيقول قبضت نصيب شريكي ليكون الهلاك على شريكه متهم في إقراره فيجب رد إقراره للتهمة ولا على القضاء لصحة الوكالة بدون قبول إقراره فلم تصح الوكالة وأخذ الشريكين إذا قبض شيئًا من الدين المشترك بإذنه يكون بينهما وما توي يتوي عليهما.

ولو وكل شريكه مولاه فكذلك حكمه إن لم يكن على العبد دين، وإن كان عليه دين جاز؛ لأنه لا يملك كسبه عند أبي حنيفة، وعندهما لا يملك التصرف فيه فلا يملك قبضه.

طعن عيسى وقال: لا يصح؛ لأنه متى صح ربما يقر أنه قبض نصيب الآخر وهلك عنده ويصح إقراره ويخلص الثاني للعبد فيصير عاملا للعبد أو يكون متهما فيه، والوكالة لا تصح في موضع التهمة.

والجواب عنه: أنه لا تهمة في إقراره؛ لأن سلامة الباقي لا تتعلق بإقراره، فإنه لو قبض نصيب الموكل يسلم الباقي للعبد من غير إقراره فلا يكون في إقراره تهمة الكذب فلا يملك قبض نصيب العبد إذا كان مديونا حتى يقبض نصيبه فهلك عنده ثم يقر أنه قبض نصيب شريكه فانتفت التهمة عن إقراره فصح التوكيل بخلاف ما لو مات

غريمهما فادعى العبد أن شريكه استوفى نصيبه فجحد شريكه فوكل الشريك مولى المأذون بالخصومة معه لا يصح، وإن كان على العبد دين؛ لأنه لو صحت الوكالة كان الباقي يخلص للعبد بإقرار المولى فكان عاملا لنفسه فلم يصح التوكيل، ولو قبض المولى نصيب الأجنبي ثم هلك في يده هلك من ماله؛ لأنه أمينه والذي بقي نصيب العبد، ولو أمر رجل مولى العبد ببيع شيء للآمر من العبد ولا دين على العبد لا يجوز؛ لأن الملك يقع للمولى من كل وجه فيكون في ذلك غلاما لنفسه فلا يصلح وكيلًا، وإن كان عليه دين جاز والعهدة على الآمر؛ لأن الملك يقع للعبد وللغرماء فيكون عاملا لغيره فيصلح وكيلًا، ولو أمره بالبيع والشراء مطلقًا فباع من عبده لم يجز عليه دين أولا أما لا دين عليه فلأن الملك يقع للمولى، وإن كان عليه دين فلأنه يتهم فيه؛ لأن للمولى حقا في اكتساب عبده المأذون فربما يسامحه ما لا يسامح مع غيره إلا أن التهمة معتبرة حالة الإطلاق غير معتبرة حالة التنصيص على البيع من عنده؛ لأنه رضي الآمر ببيعه مع عبده مع كون المولى متهمًا فيه.

(وأما القسم الثاني): وإذا كان للمأذون ولشريك له على رجل ألف فجحدها فوكل المولى بالخصومة جاز؛ لأن المولى يصلح وكيل العبد بالخصومة مع غريمه بدليل أنه لو كان جميع الدين للعبد فوكل مولاه بالخصومة مع المديون جاز لما مر في الوكالة وإن أقر المولى في مجلس القاضي بإيفاء الخصم لهما جاز، وإن أقر المولى في مجلس إقراره كان على العبد دين أولا؛ لأن إقرار الوكيل بالخصومة على موكله جائز ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه فلا يخلو إما أن كذبا الوكيل في إقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر، فإن صدقاه لا يرجع على صاحبه بشيء؛ لأن كل واحد أقر أنه استوفى نصيبه من الدين لا رجوع له عليه وكذلك إن كذباه؛ لأن كل واحد كما قال ما استوفينا قياسًا فقد أقر أنه لا رجوع له على صاحبه وإن صدقه أحدهما، فإن صدقه الشريك وادعى على العبد أنه قبض نصيبه دونه وأنكر العبد، فإن لم يكن على العبد دين رجع الشريك في رقبته بنصف حصته وإن كان عليه دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضي دينه؛ لأن إقرار الوكيل صحيح في حق براءة الغريم عن الدين؛ لأنه وكيل عنهما بالخصومة مع الغريم ولا يصح إقراره بالاستيفاء على العبد؛ لأن الشريك لم يوكله

بالخصومة معه فلم يصح إقراره عليه بحكم الوكالة ويصح إقراره بالاستيفاء على العبد بحكم الملك إذا لم يكن عليه دين فقد أقر المولى للشريك على العبد بإثبات المشاركة له فيما قبض فيصح إقراره كما لو أقر المولى على العبد بدين لغيره، وإن علم على العبد دين لا يصح إقرار المولى عليه بإثبات المشاركة إلا إذا لم يكن الدين مستغرقا فيصح فيما يفضل عن دين الغريم، وإن صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء كان على العبد دين أولا؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فالحق للمولى في الدين وقد أقر بأن العبد استوفى نصيبه وهو حقه فيصح إقراره، ومتى كان على العبد دين فلأن العبد لما كذب المولى وقال: ما قبضت شيئًا من الدين ولا قبض شريكي فقد كذبه شريكه فيما أقر من قبض نصيبه فلا يكون على شريكه شيء حتى لو قال العبد لشريكه أنت قبضت نصيبك من الدين ولم أقبض أنا يرجع عليه بنصف ما قبض متى كان عليه دين.

ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى في حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين فيكون بينه وبين الشريك؛ لأنه أقر على شريكه الغريم ببراءة نصيبه من الدين وذلك صحيح بحكم الوكالة وأقر عليه باستخلاص الباقي لنفسه وذلك لا يصح إذا كذبه شريكه؛ لأنه في ذلك مدعٍ وليس بوكيل فيه؛ ولأنه في استخلاص الباقي لنفسه متهم، فإنه يجر إلى نفسه معهما، والوكالة لا تنصرف إلى موضع التهمة فلم يصح هذا الإقرار بحكم الوكالة فبقي المال مشتركا بينهما.

ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه منه فوكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد برفع الدين ويرجع على المدين بربع الدين ليتم نصيبه؛ لأن توكيل العبد بالخصومة لما صح مع الشريك صار إقرار الوكيل على العبد أنه استوفى نصيبه كإقرار العبد.

ولو أقر العبد بذلك كان للشريك أن يرجع عليه بنصف ما قبض سواء كان عليه دين أو لا فكذا هذا، وللعبد أن يرجع على المدين بجميع حصته إذا كان عليه دين؛ لأن إقرار الوكيل على العبد ببراءة نصيبه من الدين لم يصح؛ لأن العبد لم يوكله

بالخصومة مع الغريم، وإنما وكله بالخصومة مع شريكه فلم يصح إقراره على العبد ببراءة غريمه بحكم الوكالة ولا بحكم الملك؛ لأن على العبد دينًا، وإن لم يكن عليه دين والوكيل هو المولى فلا يكون له على المدين سبيل؛ لأن إقرار المولى على عبده ببراءة الغريم عن دينه يصح بحكم الملك إن لم يصح بحكم الوكالة فيبرأ.

(فصل)

وإذا وكل مأذونا يشتري له شيئًا نسيئة لم تجز الوكالة، ولو لم يذكر نسيئة جاز استحسانًا؛ لأن التوكيل بالنسيئة يتضمن الكفالة؛ لأنه إذا اشترى شيئًا بالنسيئة يلزم ثمنه في رقبته، ومتى قبض المبيع لا يكون له أن يحبسه عن الموكل بل يجب عليه دفعه إليه؛ لأن حق الحبس قد سقط بتأجيل الثمن ثم إذا حل الثمن يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل وليس في يده شيء حتى يحبسه به فيكون في معنى الكفالة، والمأذون لا يملك الكفالة بخلاف ما لو كان الشراء بالنقد؛ لأن هناك إذا أخذ الثمن العبد يكون في يد المبيع فيحبسه على الموكل حتى يستوفي الثمن منه فيصير كأنه اشترى ثم باع فيصح ذلك منه.

ولو باع المحجور عليه متاعا لرجل بأمره جاز والعهدة على الأمر، فإن عتق أو أذن له في التجارة عادت العهدة عليه، ولو كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو معتوها ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة إليه؛ لأن سبب وجوب العهدة وجد من العبد وهو صدور العقد من مكلف إلا أنه تعذر إيجاب العهدة عليه بحق المولى حتى لا تتعطل منافع المولى؛ لأنه يتشاغل عن خدمته، فإذا زال حق المولى كانت العهدة عليه لقيام سببها كالوكيل إذا أفاق من الجنون أو عاد من الغيبة أو أسلم من الردة تعود العهدة عليه وكذا هذا، فأما عقد الصبي لم ينعقد موجبا للعهدة ابتداء؛ لأنه غير مكلف، وإنما أوجب العهدة على الآمر ابتداء فلا ينقلب موجبًا للعهدة على الصبي انتهاء، والله أعلم.

(باب تصرف المولى في العبد المأذون)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في عتقه.

والثاني: في تدبيره.

والثالث: في بيعه وهبته.

(فصل)

ولو أعتق المولى المأذون المديون كان للغرماء أن يضمنوا المولى قيمته ويبيعوا المعتق ببقية دينهم، وإن شاؤوا ضمنوا المعتق جميع دينهم؛ لأن المولى بالإعتاق أتلف على الغرماء حقهم في رقبة العبد، فإنه كان لهم أن يستوفوا ديونهم من ثمن العبد وامتنع ذلك عليهم بالعتق وقد وجب دينهم على العبد فلهم أن يبيعوه باستيفائه، فإن اختاروا تضمين المعتق ولم يبرئوا المولى فلهم أن يرجعوا ويضمنوا المولى القيمة، فإن أبرؤوا المولى لم يكن لهم عليه بعد ذلك سبيل؛ لأن ديونهم في رقبة العبد؛ لأن العبد صار حرا ودين الحر يتعلق برقبته تعلق وجوب لا تعلق الاستيفاء ولا يتعلق بكسبه فجميع ديونهم في رقبة المعتق ووجبت القيمة على المولى لإتلافه حقوقهم فهما دينان ثابتان لهم على كل واحد منهما فكان لهم أن يأخذوا أي الدينين شاؤوا، وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يرى الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب؛ لأن هناك الضمان واجب على أحدهما، فإذا اختار ضمان أحدهما يبرئ الآخر ضرورة، وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة وما قبض أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون وما قبض أحدهم من القيمة التي على المولى يشارك فيه الباقون؛ لأن القيمة إنما وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق، والدين متى وجب بسبب واحد للجماعة كان مشتركا بينهم كما لو باعوا عندهم من رجل صفقة واحدة فأخذ أحدهم شيئًا منه فأما ديونهم على العبد وجبت بأسباب مختلفة فلا يجوز أن يثبت لهم الشركة فيما قبض أحدهم.

ولو أعتق المولى عبد عبده التاجر جاز عتقه إن كان الدين عليه مستغرقا أو لم يكن، ويضمن قيمته عندهما، وقال أبو حنيفة: لا يجوز عتقه إن كان الدين مستغرقا، وإن كان غير مستغرق ينفذ في قوله الآخر وهذا بناء على أن دين العبد إذا كان مستغرقًا لا يمنع وقوع الملك واكتسابه عندهما وعنده يمنع، وإن كان الدين غير مستغرق لا يمنع في قوله الآخر.

لهما: أن هذا كسب عبد مملوك له رقبة ويدا إلا أن المأذون بعد لحوق الدين مملوك للمولى رقبة ويدا، ولهذا لو أعتق ينفذ عتقه وأثر ملك الرقبة في إقامة المولى مقام العبد في ملكه وإكسابه؛ لأن العبد ليس بأهل للملك إلا أنه بعد لحوق الدين يمنع من التصرف فيه؛ لأنه تعلق به حق الغرماء؛ لأن المولى بالإذن له في التجارة رضي بأن رقبته وكسبه رصدا لقضاء دينه وأثر تعلق الحق في منع المالك عن التصرف فيه ونقضه بعد وقوعه لا في إبطال ملكه. له: أن الملك المولى إنما يملك إكسابه عند فراغها عن حاجة العبد كما في الوارث؛ لأن المأذون متصرف لنفسه بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة عن المولى لما بينا، وإذا كان التصرف واقعا للعبد كان حكم تصرفه وهو الملك واقعا له ثم ينتقل إلى المولى من جهته إذا فضل عن حاجته والعبد ليس من أهل الملك مستقرا فأما من أهل الملك منتقلًا إلى غيره؛ لأنه آدمي مكلف أهل ليحمل الأمانات والنهوض بأعباء التكاليف بمنزلة الحر، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح فلشبهه بالحر من هذا الوجه يجوز أن يملك ملكا منتقلًا كالمقتول يملك الديّة والخبير يملك لغيره ملكا منتقلًا إلى ورثته حتى يقسم بين ورثته على فرائض الله تعالى فكذا العبد بخلاف ما إذا قال لم يكن الدين مستغرقا فلم يمنع الملك تقدره للضرورة؛ لأن المال قل ما يخلو عن قليل دين فلو صار مانعا من الملك يسد باب التصرفات كما في التركة.

ولو وطئ جارية عبده فولدت منه صارت أم ولد له ويضمن قيمتها مستغرقا كان دينه أو لا اتفاقًا؛ لأن عندهما الاستيلاد صادف حقيقة ملكه وعبده صادف حق الملك؛ لأن للمولى حق ملك، ألا ترى أنه لو تزوج بجارية من كسب عبده لا يجوز متى كان عليه دين مستغرق وحق الملك يكفي بصحة الاستيلاد كما في جارية المكاتب؛ لأن المولى يحتاج إلى تملك جارية المأذون حفظا لمائه عن الضياع وله

ولاية تملك كسبه عند حاجته في الجملة، فإن له أن يقضي ديونه ويملك إكسابه، فإذا مست حاجته إلى تملكه لصحة الاستيلاد يملكها عليه بالقيمة ويملكها بالقيمة من وقت العلوق والتملك بالضمان بمنزلة التملك بالشراء فلا يضمن قيمة الولد ولا العقر.

ولو أعتقها وعليه دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد لا بالعتق وعليه العقر لها ويثبت النسب؛ لأن العتق يوقف عند أبي حنيفة على أنه ينفذ متى ملك، ألا ترى لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد وضمن العقر لها؛ لأنه ظهر أنه وطئها بعد العتق ويثبت النسب؛ لأنه علق من مائه على ملكه؛ لأنه يملكها بمقتضى الاستيلاد سابقا عليه حكما لصحة الاستيلاد فما لم يتم الاستيلاد لا تعتق الجارية وهو يملكها قبيل الاستيلاد فالاستيلاد صادف ملكه فكان العلوق على ملكه فصحت دعوته.

[(المنتقى)][1] ولو أعتق المولى عبد المأذون بإذن الغرماء فللغريم أن يضمن مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معسر؛ لأنه قد خرج من الرهن بإذنه والمأذون لا يبرأ من الدين بإذن الغريم بعتقه.

(فصل)

ولو دبر المأذون المديون، فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، فإذا عتق أتبعوه ببقية دينهم وهو على إذنه؛ لأن المولى بالتدبير أبطل عليهم حق البيع واستيفاء دينهم من ثمنه ومتى ضمنوا المولى القيمة فقد وصل إليهم بدله فصار كما لو وصل إليهم بدله بالبيع فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، وقال زفر: يرجعون عليه بما بقي من دينهم؛ لأن ديونهم ثابتة في رقبة العبد وقد وصل إليهم بعض حقهم وبقي البعض في رقبته فيرجعوا بما بقي.

لنا: أنهم لما ضمنوا المولى لأجل ديونهم فقد صار اكتساب العبد للمولى؛ لأنه إنما يضمن القيمة ليسلم له الأكساب؛ لأن الأكساب مملوكة للمولى بحكم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

ملكه رقبة العبد وإنما يستحق الغرماء الأكساب بسبب ديونهم، فإذا ضمن ديونهم من خالص ماله فإنما يضمن ليسلم له الأكساب فصار الأكساب بدلا عن القيمة فلا يكون لهم على الأكساب سبيل وبقي مأذونا؛ لأن التدبير لا يمنع ابتداء الإذن فلأن لا يمنع البقاء أولى، فإن لحقه دين واستفاد مالا كان للآخرين؛ لأنه تعلق به حق الآخرين وقد وصل إلى الأولين بدل الرقبة مرة فلا يكون لهم على بدل الرقبة سبيل، وإن شاؤوا لم يضمنوا المولى واستسعوا العبد في جميع دينهم؛ لأن ديونهم على العبد وقيمة العبد ربما لا تفي بديونهم فلا يصل إلى كل واحد كمال حقه وبالسعاية يصل كل واحد إلى كمال حقه إلا أن السعاية كثيرة مؤجلة والقيمة قليلة معجلة والإنسان قد يختار الكثير الآجل على القليل العاجل وقد يختار القليل العاجل على الكثير الآجل فيتخير بينهما، فإن لحق المأذون دين ثلاثة آلاف لثلاثة يقر لكل واحد ألف فدبره مولاه واختار اثنان ضمان المولى فضمنوه ثلثي قيمته واختار الثالث استسعاء العبد في جميع دينه جاز؛ لأنه ثبت لكل واحد الخيار بين استسعاء العبد وبين تضمين المولى واختيار بعضهم أحدهما لا يوجب إبطال حق الباقين والآخر بخلاف ما لو كان الغريم واحدًا فاختار تضمين أحدهما يبطل بحقه في الآخر لما بينا ولا يشرك أحدهما صاحبه فيما قبض وليس لواحد الرجوع عما اختار؛ لأن اختيار أحدهما أبطل حقه في الآخر وبرئ من حقه، فإن كسب المدين بعد ذلك ولحقه دين اشترك فيه من اختار سعايته وأصحاب الدين الحادث؛ لأنه كسب عبد مأذون في يده ودين المأذون مما يتعلق بكسبه وليس للعبد إيثار بعض غرمائه على البعض لما فيه من إبطال حق البعض، فإن قبض مختار السعاية منه شيئًا قبل أن يلحقهم الدين يسلم له؛ لأنه أخذه قبل تعلق حق الآخرين به؛ لأنه لم يتعلق بالمأخوذ حق غيره فصح أخذه وخرج من أن يكون كسبا للعبد كما لو أخذ المدين شيئًا من كسب عبده المأذون ولا دين عليه ثم لحقه دين لا يتعلق بما أخذه المولى فكذا هذا، فإن أقر المدبر بدين ألف درهم زعم أنه كان عليه قبل التدبير لم يصدق في إقراره على غيره وإقراره بدين عليه قبل التدبير إقرار على المولى وعلى الذين اختاروا ضمانه بالمشاركة فيه لغيرهم فلم يصدق ولكنه يستسعى المدبر مع الذين يستسعونه؛ لأن هذا ليس بإقرار عليهم حقيقة، فإن صدق

المولى مدبره فما أقر به دفع إلى المقر له سدس القيمة إن كان دفع إلى الأوليين ثلثي القيمة بقضاء ويبيع المقر له المدبر بثلث حقه فيسعى له فيه وبربع القيمة إن دفع بغير قضاء ولا يبيع المدبر شيئًا هنا حتى يعتق؛ لأنه لما تصدق العبد في إقراره وثبت دين هذا الغريم في حق المولى فصارت الديون لأربعة نفر لكل واحد منهم ألف وقد اختار أحدهم استسعاء العبد واختار ثلاثة منهم تضمين المولى فيكون حقهم جميعا في ثلاثة أرباع القيمة لكل واحد ربع القيمة وقد أخذ الغريمان ثلثي القيمة فقد أخذا سدس القيمة زيادة على حقهما إلا أن المولى لم يصر ضامنا لذلك متى دفع بقضاء؛ لأنه كان مجبرًا على الدفع فيجعل كالتاوي فيكون التوى على المولى وعلى الغريم الرابع؛ لأن ستة أسهم من اثني عشر كان مشتركا بين المولى والغريم الرابع والأصل في المال المشترك أنَّ ما توى يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة وقد بقي من المال المشترك بينهما أربعة أسهم فيكون سهما من ذلك للغريم الرابع وسهمان من اثني عشر يكون سدس قيمة العبد ثم يبيع الغريم الرابع المدبر بثلث حقه؛ لأنه وصل إليه من حصته من القيمة ثلثا حقه؛ لأن حقه في ربع قيمة العبد وذلك ثلثه وقد وصل إليه سدس قيمته وذلك سهمان وهو ثلثا حقه بقي حقه في الثلث ولا يرجع فيما بقي من دينه على العبد ما لم يعتق وأما إذا دفع المولى ثلثي القيمة بغير قضاء إلى الغريمين فقد صار ضامنا زيادة سهمين بما دفع إليهما؛ لأنه كان طائعا مختارا فيه فقد وصل إلى المولى سهمان من حقه بقي حقه في سهم وحق الغريم الرابع في ثلثه فيرجع عليه بثلاثة أسهم من اثني عشر من القيمة وهو ربع القيمة ومتى وصل إليه تمام حقه من القيمة لا يبقى له سبيل على العبد بما بقي من دينه ما لم يعتق.

(فصل)

وذكر في كتاب الهبة: ولا يجوز هبة المولى مال عبده المأذون المديون وإن أجازه الغرماء؛ لأن تعلق الدين بماليته لا يزول بالإجارة فلا يزول المانع من جواز الهبة بالإجارة.

ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه يجوز وفي بعضها أنه لا يجوز قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما إذا قضى المولى دينه أو أبرأه الغرماء وما ذكر أنه لا يجوز محمول على ما قبل قضاء دينه وقيل في المسألة روايتان في رواية يجوز؛ لأن الهبة صادفت ملكه حقيقة إلا أنه تعلق به حق الغرماء وقد زال المانع بإجازة صاحب الحق فيجوز كما في البيع والرهن ومتى جازت الهبة بإجازة الغرماء يبقى الدين في ذمة العبد يباع لهم فيه؛ لأنه يجوز أن ينتقل العبد إلى الموهوب له مشغولا بالدين كالعبد المديون إذا جنى جناية ودفع بالجناية يصير ملكا للمجني عليه مديونا. وفي رواية لا يجوز؛ لأن المانع من الجواز وهو تعلق حقهم بمالية العبد لا يزول بالإجازة؛ لأن التعلق بسبب الدين والدين لا يسقط بالإجازة فلا تجوز الهبة كما في الكسب.

عبد عليه دين إلى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز ونفذ؛ لأنه لا حق للغريم في النقض؛ لأن العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا يدًا ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته؛ لأن الدين مؤجل غير مطالب بإيفائه، فإذا حل الدين ضمن المولى قيمته؛ لأن بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه في المطالبة بالبيع أو الاستيفاء وهو الدين، فإن الدين واجب قبل البيع لكن تأخرت المطالبة بالأجل ولولا بيع المولى وإلا لثبت حقهم في رقبة العبد فبسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من رقبة العبد فصار المولى بالبيع السابق مانعا العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد إذا دبره مولاه ثم لحقه ديون فالمولى يضمن قيمته للغرماء لهذا، وإن رجع المولى في هبته لم يكن لهم على العبد سبيل؛ لأن هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ بإذنهم وانتقل حقهم من العبد إلى القيمة، وإن أذن له مرة أخرى بعدما رجع في الهبة فلحقه دين يباع وثمنه بين الآخرين دون الأولين؛ لأن الثمن بدل الرقبة والرقبة بالإذن الثاني صارت مشغولة بدين الآخرين خاصة لأنها فرغت عن شغل الأولين؛ لأن المولى لما ضمن القيمة للأولين فقد برئ العبد عن حقهم ما دام رقيقًا؛ لأنه وصل إليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخرين خاصة وكان ثمنها لهم خاصة

والقيمة للأولين خاصة، فإن مات المولى ولا مال له غير العبد بيع ويبدأ بدين الآخرين، فإن فضل شيء كان للأولين؛ لأن الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للأولين فتقدم دين العبد في القضاء.

وإن كان على المولى دين سوى ذلك ضرر فيه غرماء المولى بدينهم والأولين بقيمة العبد؛ لأن الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقي من الثمن وضاف على إيفاء الكل فيضرب كل واحد لحقه، ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال أن ينقضه في الكل؛ لأن حقه، وإن كان في نصف الرقبة ولكن له حق النقض في الكل نفيًا للضرر عنه؛ لأنه متى نقض في النصف فإنما يباع بدينه نصف العبد وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة؛ لأن الانتقاص لا يشتري بمثل ما اشترى به الأشخاص.

ولو عينه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته؛ لأن حقه في نصف العبد وبالتعييب عجز عن الوصول إلى حقه، فإن لم يحل دين الآخر حتى رجع في هبته باع له نصفه؛ لأن برجوع المولى في الهبة عاد إلى قديم ملكه قبل أن يضمن لصاحب المؤجل قيمة حقه، فإن اعورَّ في يد الموهوب له ثم رجع في هبته لم يضمن المولى ربع قيمته لصاحب الأجل ويباع نصفه في دينه؛ لأن نصفه تلف عند الموهوب له، فإن العين من الآدمي نصفه، ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة، فإذا تلف عنده نصفه بالاعورار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه في دينه؛ لأن له النصف.

وإن اعور بعدما رجع في هبته لم يضمن المولى شيئًا لصاحب الأجل ويباع له نصفه أعور؛ لأن بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان؛ لأنه عاد حق الغريم في البيع والاستسعاء كما كان، ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه.

ولو كان عليه لرجل ألف حالة وألف مؤجلة فوهبه لأحدهما وقبضه كان للآخر أن نقض الهبة ويباع العبد فيستوفي الذي نقض الهبة حقه والباقي

للمولى ولا شيء للموهوب له؛ لأنه متى نفذت الهبة يتضمن إبطال حق الآخر في رقبته بيعا والاستيفاء فكان له نصفه ولا شيء للموهوب له وهذا قول محمد؛ لأن دين الموهوب له قد سقط بالهبة فلا يعود، وعند أبي يوسف يعود دين الموهوب له؛ لأن انتقاض الهبة بنقض أحد الغريمين معتبر بانتقاضهما برجوع الواهب، ولو انتقضت الهبة برجوع الواهب عاد الدين عند أبي يوسف ولم يعد عند محمد فكذا إذا انتقضت بنقض الغريم، وإذا عاد الدين عند أبي يوسف ومع العبد كان الثمن بينهما؛ لأنه يدل عند تعلق حقهما به، وعند محمد لما لم يعد دين الموهوب له بقي حق الغريم الآخر متعلقا به خاصة فيقضي من ثمنه دينه خاصة لزوال المزاحمة والباقي للمولى.

ولو رجع الواهب في هبته لم يعد الدين عند محمد، وعند أبي يوسف يعود، وكذلك لو كفل عن العبد رجل بدينه فوهب المولى العبد من صاحب الدين وقبضه منه حتى برئ الكفيل؛ لأن العبد برئ عن الدين لما ملكه صاحب الدين وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإن رجع الواهب في هبته لم يعد الدين على الكفيل ولم يذكر خلافًا ونص في الزيادات أنه يعود الدين عند أبي يوسف، وعند محمد لا يعود وكذلك على هذا الخلاف إذا وهب العبد الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة.

لمحمد: أن البراءة عن الدين بغير عوض لا تحتمل الانتقاض؛ لأنه يسقط الدين والساقط متلاشٍ فلا يتصور عوده وانتقاضه كالطلاق والعتاق. لأبي يوسف أن البراءة قبل قبول من وقعت البراءة له تحتمل الانتقاض والبراءة هنا تقع للعبد؛ لأن الدين في ذمته فيعتبر قبوله لتتم البراءة ألا ترى أن الغريم لو أبرأ العبد عن الدين فرده العبد وقبله المولى لا تثبت البراءة وهنا لم يوجد قبول العبد لهذه البراءة فلم تتم البراءة فتنتقض بانتقاض الهبة كالملك وانعزال الوكيل وبطلان حقه في الرد بالعيب.

فأما إذا وهب العبد المديون من أجنبي فأجازها الغريم ثم رجع في هبته لم يذكره محمد واختلف المشايخ فيه قيل هو على هذا الخلاف وقيل يعود الدين بالاتفاق؛ لأنه لم يبرإ العبد عن الدين، وإنما يبرأ عن المطالبة إلى أن يعتق بدليل أن

للغرماء أن يبيعوه بدينهم بعد العتق علم أن البراءة تقع عن المطالبة؛ لأن أصل الدين والإبراء عن مجرد المطالبة يحتمل النقض كإبراء الكفيل، ولو باع المولى من أحدهما فنقض الآخر البيع يباع ويقسم الثمن بينهما ولا يبطل من دين المشتري شيء؛ لأن الدين انتقل من رقبة العبد إلى الثمن لما بينا.

على عبده ألف مؤجلة لرجل فباعه منه بقليل أو كثير ثم حل الدين أخذ الثمن من مولاه ولم يكن عليه ضمان القيمة إن كان الثمن أقل من الدين؛ لأن المولى باع برضاء صاحب الدين؛ لأنه لما أقدم على الشراء من المولى فقد أذن للمولى بأن يبيع العبد منه فالبيع إنما حصل بإذن الغريم فصار المولى كالوكيل عنه فكان الثمن للغريم ولم يضمن القيمة للغريم؛ لأن حقه تحول من العبد إلى الثمن برضاه دلالة فصار كما لو أذن له بالبيع من أجنبي، فإن توى الثمن في يد المولى لم يكن له على المولى سبيل؛ لأن الثمن أمانة في يده؛ لأنه صار كالوكيل عنه.

ولو كان على العبد دين لآخر مثل دين المشتري فحل دينه أخذ المشتري الثمن وضمن المولى للآخر نصف قيمة العبد؛ لأنه لو باع العبد من الأجنبي بإذن أحدهما ثم حل دينهما فللأول نصف الثمن ويضمن المولى للساكت نصف قيمة العبد فكذلك إذا باع من أحد الغريمين فإقدامه على الشراء إذن إياه بالبيع منه ولا يشارك أحدهما صاحبه وإن توى حقه؛ لأن حق المشتري تحول من الرقبة إلى الثمن في ذمة المشتري وحق الآخر تحول إلى القيمة في ذمة المولى فالدينان وجبا في ذمتين مختلفتين بسببين مختلفين فلا يكون بينهما شركة.

رهن عبده المأذون أو أجره وعليه دين إلى أجل قبل حلوله جاز، وإذا حل الدين ضمنوه قيمته في الرهن دون الإجارة، فإن بقيت منها مدة عليهم أن يفسخوا الإجارة؛ لأن الرهن عقد لازم لا يفسخ بعذر ما والإجارة عقد غير لازم يفسخ بالأعذار، ألا ترى أن الأجر إذا لحقه دين فادح يفسخ الإجارة فكذلك لحوق الدين بالعبد المستأجر عذر؛ لأن حاجة الغرماء إلى بيع رقبته عذر معتبر؛ لأن تقديم حق الغريم على المستأجر أولى؛ لأن حق الغريم في المال أو العين وحق المستأجر في المنفعة والعين خير من المنفعة وصار كالحر إذا أجر عبده ثم لحقه دين فادح يكون عذرا في نقض الإجارة وهذا أولى.

ولو باعه ثم اشتراه أو استفاء له ثم حل الدين لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا أن يرده عليه بالعيب بقضاء أو بخيار؛ لأن حقهم قد بطل عن رقبة العبد بالبيع وبرئ العبد عن الدين ما لم يعتق ويقع المولى لم ينفسخ في حق الغرماء والعبد؛ لأن الإقالة والرد بالعيب بالتراضي مع جديد في حق الثالث والغرماء والعبد ثالث فصار في حقهم كأن المولى اشترى العبد ثانيا بعدما باعه.

ولو كان هذا بقي ضمان القيمة للغرماء على المولى وبراءة العبد عن الدين ما لم يعتق على حاله فكذا هذا، وأما الرد بقضاء أو خيار فسخ في حق الكل فصار كأن البيع لم يكن من الأصل.

(باب كفالة المأذون بإذن المولى والبيع فيه)

(المبسوط): وإذا ضمن العبد بإذن مولاه لرجل فقال له: إن مات فلان ولم يقض حقك فإني ضامن وعليه ألف درهم حالة فباعه القاضي بألف دفع الألف إلى صاحب المال ويستوثق منه، فإن مات ولم يقضه رجع على الغريم الأول بحصة ما كفل به؛ لأنه كفل بإذن المولى كفالة توجب الضمان في الثاني والكفالة بإذن المولى جائزة حالة أو مؤجلة ومتى وجب الضمان على الكفيل يستند الضمان إلى وقت الكفالة السابقة؛ لأن الضمان حكم الكفالة والحكم أبدًا يستند إلى سببه، فإذا استند إليه ظهر أن الدين الذي لزمه بالكفالة من جهة المولى كان سابقا على دين العبد فيتحاصون في ثمن العبد.

ولو أذن لعبده فكفل بنفس رجل حالة أو إلى أجل ثم باعه المولى جاز وليس للمكفول له أن ينقض البيع ويتبع العبد في يد المشتري حيث وجده فيأخذه في الكفالة وهذا عيب فيرده المشتري به إن شاء؛ لأن حق الكفيل بالنفس لا يبطل بالبيع، فإنه يمكنه استيفاء حقه في ملك المشتري بأن يطالبه بتسليم نفس المكفول به؛ لأن المستحق بالكفالة بالنفس يسلم النفس لا رقبة العبد فلا يملك نقض البيع بخلاف الكفالة بالمال؛ لأن المستحق ثمة مال والمال يتعلق برقبته أو كسبه فكان

للغريم نقض البيع إلا أن الكفالة بالنفس مما يعد عينا؛ لأن بالمطالبة بتسليم نفس المكفول ربما يحبس عليه فيتقاعد عن خدمة المولى فكان عيبا كالنكاح، وإذا أمر عبده أن يكفل الرجل بألف على رجل على أن المطلوب إن مات ولم يؤد المال فالعبد ضامن، فإن باعه المولى من رب المال جاز وقد وجب دينه مؤجلا جاز بيعه وكان المولى أحق بالثمن ما لم يحل الأجل، فإذا باع من المكفول له قبل وجوب دينه على العبد؛ لأن يجوز بيعه ويكون الثمن للمولى أولى والثمن بدل عن الرقبة فلما جاز تصرفه في الرقبة فلأن يجوز في بدلها أولى.

وإن مات المطلوب ولم يقض دينه رجع الطالب المشتري على البائع بدينه في ثمنه، فإن كان دينه أكثر من ثمنه بطل الفضل؛ لأن حق الغريم تحول إلى ثمنه لا غير فيستوفي بقدره، فإن وجد به عيبا فرده وأخذ ثمنه يباع العبد وإن هلك الثمن عند البائع ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده وأخذ ثمنه يباع العبد له بدينه وإن هلك الثمن عند البائع ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده عليه إن شاء ولم يكن عليه من الثمن شيء ويباع العبد في ثمنه؛ لأنه لو رجع المشتري بالثمن على المولى فللمولى أن يرجع عليه بالثمن ثانيا؛ لأنه باع للمشتري فيكون وكيله في بيع العبد فلا يفيد الرجوع ومتى تعذر رجوعه بالثمن يباع العبد بدينه، فإن فضل من ثمنه شيء أخذه من دينه؛ لأن العبد متى بيع من صاحب الدين والثمن مثل الدين يتحول ما تعلق برقبته وهو حق الاستيفاء إلى الثمن ويبقى الدين في ذمة العبد؛ لأن الثمن بدل عن المالية لا عن الذمة فيتحول ما تعلق بماليته إلى الثمن ولا يتحول ما في الذمة كما لو بيع من الأجنبي بإذن الغرماء أو باعه القاضي، ولهذا لو هلك الثمن قبل الوصول إلى الغرماء فلهم أن يبيعوا العبد بدينهم إلا أنه لا يظهر بقاء الدين في ذمة العبد ما دام في ملكه في حق الاستيفاء؛ لأنه لا يفيد فمتى خرج عن ملك الغريم بالرد وعاد العبد إلى قديم ملك المولى ظهر ما بقي في ذمة العبد في حق الاستيفاء؛ لأنه يقيد حقهم، فإن نقص فلا شيء على المولى من النقصان؛ لأنه بمنزلة وكيله.

(باب بيع القاضي رقبة العبد المأذون وكسبه وبيعه مولاه)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في بيع القاضي وأمينه.

والثاني: في بيع المولى.

(فصل)

ولا يبيع القاضي العبد المأذون متى كان العبد كسب خاص يفي بديونه أو مال غائب يرجى قدومه أو دين حال يرجى خروجه، فإنه يتلوم حتى يقدم أو يخرج؛ لأن في بيعه ضرر إبطال ملك المولى وإبطال إذنه وليس للقاضي إبطال أملاك الناس وتصرفاتهم إلا لنوع ضرورة ولم يوجد، ولأن في التأخير إن كان ضرر بالغرماء ولكن ضرر التأخير أهون من ضرر الإبطال فيجب دفع أعلاهما بالتلوم ولم يقدر لمدة التلوم قيل هذا هو مفوض إلى رأي القاضي؛ لأنه لم يرد شرع بتقديره وقيل مقدر بثلاثة أيام؛ لأن التلوم شرط لإيلاء العذر وأقل مدة الإيلاء الأعذار ثلاثة أيام كما في مدة الخيار ولا يبيعه إلا بحضرة مولاه؛ لأن الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد، ألا ترى لو ادعى إنسان رقبة العبد ينتصب العبد خصما في ذلك فلا يجوز بيعه إلا بحضرة خصمه أو بحضرة ثابتة بخلاف الكسب؛ لأن الخصم فيه هو العبد دون المولى، ألا ترى لو ادعى إنسان حقا في كسبه ينتصب العبد خصما له فيجوز بيع العبد المديون بغير رضاء المولى إذا امتنع عن قضاء الدين ولا يجوز بيع ملك الحر المديون بغير رضاه عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وبيع المأذون بغير رضاء المولى لا يكون حجرا على المولى؛ لأن المولى قبل ذلك كان محجورا من بيع عبده المديون بغير إذن الغرماء كالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي أن يبيع التركة على الورثة بغير رضاهم إذا امتنعوا عن قضاء الدين ولم يكن حجرا عليهم لأنهم كانوا محجورين عن بيعها قبل ذلك، فكذا هذا.

ولو طلب المولى من القاضي أن يؤدي قدر الثمن ويترك عليه عبده فينبغي أن يكون له ذلك ذكره في بعض روايات مختصر الكافي؛ لأن فيه مراعاة حقوق الغرماء وحق المولى وحقهم في قدر ثمنه ولا فرق في حقهم بين وصوله من جهة المولى وبين وصوله من جهة غيره، وإذا خرج المأذون إلى مصر وتصرف ولحقه دين وفي يده أموال وقال: أنا محجور علي وكذبه الغرماء باع القاضي كسبه استحسانًا ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى؛ لأن إقدام العبد على المبايعة مع الناس إقرار منه بأنه مأذون بالتجارة ظاهرا حملا لأمره على الصلاح، فإن المسلم لا يبيع ما لا يملك بيعه كالحر إذا باع شيئًا ثم قال ما بعته كان لفلان غصبته منه لا يصدق؛ لأنه أقر أنه يسأل من بيعه كما أقدم على البيع فكذا هذا، ولا يمين على العبد؛ لأنه مناقض في الدعوى؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه بأنه يملك بيعه، فإذا قال بعد ذلك إنه محجور فقد صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى ولا يمين إلا بعد صحة الدعوى ثم للعبد أن يبيع كسبه بغير إذن المولى ويقضي دينه فملك القاضي ذلك، فأما العبد لا يملك أن يبيع رقبته بغير إذن المولى فكذلك القاضي؛ لأن للمولى أن يستخلص رقبته بقضاء دينه فمتى بيع رقبته بغير إذنه يتضرر المولى بذلك.

ولو باعه أمين القاضي وهلك الثمن في يديه ثم وجد المشتري به عيبا فرده باعه مرة أخرى وقضى المشتري ثمنه، وكذلك لو باعه مولاه بأمرهم إلا أن الأمين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء؛ لأنه لا يتوصل القاضي إلى إيفاء حق المشتري إلا ببيع العبد ويبدأ بدين المشتري؛ لأن العبد كان محبوسا بحقه فكان هو أولى ببدله من غيره؛ لأن الغرم عليه؛ لأنه متى هلك كان الهلاك عليه فكان الغرم له متى بيع كما في الرهن إلا أن الأمين لا عهدة عليه فلا يغرم النقصان والمولى عليه العهدة فيغرم وهو كان وكيلًا عن الغرماء فيرجع عليهم بما لحقه من الضمان بعمله لهم كما في الوكيل بالبيع.

(فصل)

ولو باعه المولى بغير أمر الغرماء وقبضه المشتري ثم جاء الغرماء فوجدوه في

يد المشتري والمولى غائب أو وجدوا المولى والمشتري غائب وقبض العبد فلا خصومة بينهما حتى يحضر الثالث في قول أبي حنيفة ومحمد البائع والمشتري والغريم، وكذلك قال أبو يوسف إلا أنه يقول: إن وجدوا المشتري والعبد في يديه والبائع غائب كان لهم أن يضمنوه قيمة عبده وعلى هذا الخلاف. المشتري إذا باع الدار المشفوعة فليس للشفيع حق الفسخ عند غيبة المشتري الثاني عندهما خلافًا لأبي يوسف.

له: أن المشتري ملك العبد بالشراء والقبض بدليل أنه تنفذ تصرفاته المختصة بالملك فيه فيجب أن ينتصب خصما لمن يدعي حقا في العبد وأن يضمن ذلك فسخ عقد جرى بينه وبين البائع وذلك؛ لأن الفسخ يرد على حكم العقد وهو الملك حقيقة لا على العقد كما وجد بلا شيء واضمحل ففسخه كيف يتصور والملك للمشتري فيكون الفسخ واردًا على حقه وهو حاضر فيصح الفسخ كما في الراهن.

لهما: أن العقد انعقد فيما بين البائع والمشتري صحيحًا مفسر الضرورة من ملك مالك مكلف حر والأصل في تصرف العاقل المكلف هو الاعتبار إلا أن للغرماء حق الفسخ والإبطال صيانة لحقهم فلا يملك أحدهما فسخ هذا العقد إلا بحضرة منهما؛ لأن في الفسخ إبطال الملك على المشتري وهو غائب وإبطال تصرف محترم وإدخال العبد وإعادته على ملك البائع وإزالة الثمن على ملكه وهو غائب فيكون فيه قضاء على الغائب أو للغائب وذلك باطل.

وأما إذا باع الراهن المرهون بغير رضاء المرتهن وسلم إلى المشتري هل يكون للمرتهن حق الفسخ بغير حضرة الراهن قالوا على هذا الخلاف؛ لأن بيع المرهون انعقد موقوفا على إجازة المرتهن وليس للمرتهن فسخه في ظاهر الرواية لأنه لا ضرر في إبقائه موقوفًا على إجازة المرتهن إلى وقت فكاك الرهن لما بينا في البيوع وعلى رواية النوادر له فسخ العقد في حق نفسه في حق إعادة العين إلى يده إذ لا حاجة إلى فسخ العقد في حق الراهن والمشتري فلا يكون فيه قضاء على الغائب ولا إبطال الثمن على الغائب وعند حضرتهما لا يفسخ إلا على هذا الوجه فلا يشترط حضرتهما بفسخ العقد وهنا بخلافه.

ولو باعه المولى بغير أمرهم وعينه المشتري، فإن شاؤوا ضمنوا المشتري

قيمته وإن شاؤوا ضمنوا البائع؛ لأنه تصدى من كل واحد سبب الضمان؛ لأن البائع أتلف عليهم العبد بالتسليم إلى غيره بغير إذنهم والمشتري قبض عبدا هو حقهم وعينه بغير إذنهم، فإن ضمنوا البائع قيمته ثم وجد المشتري به عيبا فرده على البائع فالبائع بالخيار إن شاء لهم تلك القيمة، وإن شاء رجع عليهم بها وباع لهم العبد؛ لأن المولى بأداء الضمان إن كان لا يستفيد ملك الرقبة ولكنه يستفيد ملك التصرف فيكون شراء ومبادلة معنى كرب المال إذا اشترى عرضا من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز؛ لأنه يستفيد ملك التصرف.

ولو ملكه من جهتهم بالمبايعة حقيقة وباعه من غيره ثم رد عليه المشتري بالعيب بقضاء كان له أن يرده على الغرماء أو يأخذ منهم بدله وكذا هذا.

ولو كان مولاه علم بعيبه حين باعه ثم رده عليه، فإن ضمنه الغرماء قيمة العبد صحيحًا كان له أن يرجع عليهم بالقيمة وإن كانوا ضمنوه معيبا لم يكن له أن يرجع عليهم؛ لأن الأول لم يصل إليه مثل ما ضمن ولا وجد منه الرضاء بملكه معيبا؛ لأن الغرماء ملكوه بعد البيع بأداء الضمان جبرًا وكرها من جهة القاضي فكان هذا مبادلة جبرية جائزة فلا يدل على رضاه بالعيب وسقط اعتبار علمه بالعيب حكما وفي الثاني وصل إليه مثل ما ضمن فلم يسقط اعتبار علمه حكما لما لم يوجد منه قيمته صحيحًا لأنها مبادلة جائزة فصار مشتريا وهو عالم بالعيب فصار راضيا بالعيب وإن ضمن الغرماء المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن والعبد للمشتري لا للبائع؛ لأنه ملكه بأداء الضمان وصار كغاصب الغاصب إذا ضمنه المالك لا يكون للأول على المغصوب سبيل فكذا هذا، فإن وجد المشتري به عيبا رده على الغرماء؛ لأنه ملكه من جهتهم بطريق المبادلة فصار كما لو اشترى منهم حقيقة.

ولو كان المشتري بالخيار ثلاثة أيام فرده بخيار بعدما ضمن الغرماء البائع القيمة لم يكن للبائع أن يرجع عليهم من القيمة بقليل ولا كثير؛ لأنه بالتضمين جرى بينه وبين الغرماء مبادلة حكمية.

ولو جرى بينهما مبادلة قصدية فباعه المولى من غيره على أن المشترى بالخيار

ثم رد المشتري عليه بخيار الشرط لا يكون له أن يرده على الغرماء؛ لأنه ليس بينه وبين الغرماء خيار شرط فكذا هذا.

ولو أعتقه المشتري قبل القبض فعتقه موقوف على إجازة الغرماء البيع.

ورُوي عن أبي يوسف أنه ينفذ عتقه؛ لأن هذا الشراء صدر من مالك الرقبة ولكن تعلق به حق غيره فتقيد الملك للمشتري ملكا باتًا وجه ظاهر الرواية أن باعتبار ملك الرقبة هذا الشراء صدر من المالك وباعتبار ملك التصرف وتعلق حق الاستيفاء برقبته حصل من غير المالك فكان هذا الشراء صادرًا عن المالك من وجه ومن غير المالك من وجه، فإذا ملكا موقوفا فيتوقف العتق لتوقف الملك بخلاف المشتري من الغاصب عند محمد؛ لأن الشراء عنده حصل من غير المالك باعتبار ملك الرقبة وملك التصرف فلم يعد للمشتري ملكًا موقوفًا.

ولو وهب المولى عبده من رجل وضمن القيمة لغرمائه ثم رجع في هبته ثم وجد به عيبا رده عليهم إن شاء؛ لأنه ملكه من جهتهم بطريق المبادلة فصار كما لو ملكه بالشراء منهم حقيقة، فإن أعتقه ثم وجد به عيبا رجع عليهم بحصة العيب كما في الشراء الحقيقي، فإن قالوا برد القيمة وببيع العبد بجميع القيمة لهم ذلك وهذا في غير العتق والتدبير كما لو اشترى منهم حقيقة ثم وهبه ثم وجد به عيبا كان للغرماء أن يأخذوا منه العبد ولا يعطوه في نقصان العيب فكذا في الشراء حكما.

ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الأول من الثمن ولم يكن للبائع على الغرماء شيء من تلك القيمة وقيل هذا عند أبي حنيفة وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فرع لمسألة مذكورة في الصلح وهو أن من اشترى عبدا فباعه من غيره ثم إن المشتري الثاني وجد به عيبا فمات في يده رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقيل هذا قولهم جميعًا وهو الظاهر؛ لأن المأذون تصنيف محمد فيستحيل أن يذكر قول غيره ولا يذكر قول نفسه والفرق بين هذه وبين مسألة الصلح أن هنا الغرماء يقولون للمشتري إنما التزمت هذه الغرامة بطيب ورضاء من نفسك، فإنه كان تمليك إن

تقبل العبد حتى ترده علينا مقبل منك ولا يلزمك هذا النقصان فلما لم يقبل فقد التزمت هذه الغرامة برضاء وطيب من نفسك فليس لك أن ترجع علينا بذلك كما لو ادعى المشتري عيبا يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شيء ليس له أن يرجع على بائعه؛ لأن رضي بالتزام هذه الغرامة عن نفسه بقبول العبد، وإنما لزمه الغرامة جبرًا وكرها منه فلم يكن راضيا بذلك فله أن يرجع.

(المنتقى): رجلان بينهما عبد مأذون له في التجارة وعليه دين وأحد موليه غائب فحضر الغريم قال يباع نصيب الحاضر دون نصيب الغائب.

ولو باع نصف الحاضر بسبعمائة فقضاء الغريم ثم قدم الآخر فباع نصفه بخمسمائة قال يؤدي من ذلك إلى الغريم ثلاثمائة ويبقى مائتان فهي للشريك الآخر حتى يستويا في الأداء.

ولو باع القادم نصفه بستمائة أدى إلى الغريم ثلاثمائة وإلى الشريك مائتين وبقيت مائة بينهما نصفين.

ولو باعه مولاه من رجل وعليه دين فأذن له المشتري في التجارة أيضًا فاستدان دينا فللغرماء الأولين نقض البيع فيه ويباع في دينهم ويضمن المشتري للغرماء الآخرين الأقل من دينهم ومن قيمته؛ لأنه غريم من دينهم حيث لم يعلمهم بدين العبد.

وكذلك لو باع عبده بيعًا فاسدًا ولا دين عليه فأذن له المشتري في التجارة فلحقه دين فللبائع نقض البيع فيه لفساده ولا سبيل للغرماء عليه ويضمن المشتري الأقل من القيمة ومن الدين؛ لأن البائع ما رضي بدينهم؛ لأنه صار محجورا عليه بالبيع والمشتري قد رضي بلحوق دينهم بالعبد بالإذن في التجارة وهو مضمون عليه بالقيمة بالبيع وكذا هذا.

(باب الاختلاف في الإذن والبينة عليه)

(المبسوط): ولو باع القاضي كسب العبد المديون والمولى غائب ثم حضر وأنكر الإذن سألهم القاضي البينة على الإذن، فإن أقاموا وإلا ردوا ما قبضوا؛ لأن

قول الواحد العدل في المعاملات لا يكون حجة متى نوزع في خبره والمولى لما أنكر الإذن فقد نازع العبد في خبره فلم يثبت الإذن بقول العبد فكان هذا كسب عبد محجور فلا يتعلق به حق الغرماء فيردوا ما قبضوا ولا ينقض بيع القاضي؛ لأن له ولاية بيع مال الغائب.

ولو بائع العبد رجلا فقال الرجل: أنت محجور عليك فلا أدفع إليك الثمن أو المبيع وكذبه العبد فالقول للعبد ولا يمين عليه؛ لأن إقدام البائع على البيع منه إقرار منه، بأنه مأذون في التجارة؛ لأن الإنسان لا يبايع المحجور، فإذا ادعى بعد ذلك أنه محجور صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى واليمين لا تجب إلا بعد صحة الدعوى ولا تقبل بينة الرجل أنه محجور إلا أن يصدقه العبد؛ لأن البينة لا تقبل إلا بعد صحة الدعوى ولم يوجد، فإذا صدقه العبد فقد تصادقا على الحجر فيثبت الحجر ونفذ البيع لتصادقهما على ذلك؛ لأنه حجة في حقهما.

ولو لم يعلم أنه حر أو عبد حتى لحقه دين ثم قال أنا عبد فلان محجور عليّ وصدقه فلان وكذبه الغرماء لم يبطل دينهم ويقال إما أن يفدي أو يبيع؛ لأنه مجهول النسب أقر على نفسه بالرق وصدقه المقر له فيصير عبدا له لتصادقهما على ذلك إلا أن حق الغرماء لزمه للحال من حيث الظاهر؛ لأن الظاهر هو الحرية في بني آدم فلزمه الدين وثبت له حق استيفاء الدين للحال باعتبار الظاهر؛ لأنه في الظاهر هو حر والعبد بالإقرار بالرق على نفسه يقر على الغرماء بتأخر حقهم إلى ما بعد العتق فيصح إقراره على نفسه ولم يصح على غيره وهو الغرماء فلا يبطل حقهم في استيفاء الدين.

ولو جنى وقال ولي الجناية: أنت حر، وقال: أنا عبد فلان وصدقه فلان بطل حق صاحب الجناية؛ لأنه لما أقر الجاني أنه حر فقد أقر بطهارة العبد عن الجناية، فإن جناية الحر لا تتعلق برقبته وأقر ببراءة المولى عن الجناية، وإنما ادعى موجب الجناية في ماله أو على عاقلته ولا مال له والعاقلة لا تعقل ما يثبت باعتراف الجاني، فإن ثبتت البينة فلا تؤاخذ عاقلته بموجب ضمان الجناية؛ لأن حرية الجاني لم تثبت بالبينة، وإنما تثبت بظاهر الحال، وإذا جحد مولى العبد الإذن فشهد

شاهد أنه أذن له في البر وآخر أنه أذن له في الطعام جازت الشهادة لأنهما اتفقا على ما يوجب الإذن وهو قول المولى أذنت له في التجارة. واختلفا فيما لا يحتاج إليه، فإن قول المولى في البر أو الحر غير محتاج إليه؛ لأن الإذن في أحدهما إذن في شراء الأشياء كلها فيثبت ما اتفقا عليه كشاهدي البيع إذا اختلفا في الزمان والمكان.

ولو شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البر وشهد الآخر أنه رآه يشتري البر فلم ينهه لم تقبل لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، فإنه شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل، فإن رؤية شراء البر وسكوته فعل والفعل مع القول مختلفان على ما بينا في كتاب الشهادات.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه رآه يشتري البر فلم ينهه وشهد آخران أنه رآه يشتري الطعام ولا ينهه لا تقبل؛ لأن هنا الإذن إنما يثبت بالرؤية، والرؤية لا تتحقق بدون المرئي ولا يمكن إثبات المرئي؛ لأن المرئي شراء البر وشراء الطعام وليس على كل واحد منهما إلا شهادة واحد، وإذا لم يمكن إثبات المرئي وهو الشراء لم تثبت الرؤية؛ لأن الرؤية لا تتحقق بدون المرئي.

(باب العبد المأذون والمولى إذا اختلفا فيما في يد العبد)

(المبسوط): العبد المأذون والمولى اختلفا فيما في يد العبد وعليه دين فالقول لمن له؛ لأنه لو صدق المولى فيه؛ لا يكون له؛ لأن صار مستحقا بحق الغرماء فكيف إذا كذبه، ولأن اليد للعبد فيما في يده متى كان عليه دين بدليل أن المولى لا يملك انتزاعه من يده فيكون العبد ذو اليد فيكون القول له، وإن لم يكن عليه دين فالقول للمولى؛ لأنه يملكه المولى، ولهذا يملك انتزاعه من يده فمنازعته من المولى أنه كسبه لا يقيد العبد المأذون في منزل المولى وعليه دين وفي يده ثوب فاختلفا فيه، فإن كان من تجارة فهو له وإلا فللمولى لأنهما استويا في اليد؛ لأن الثوب في يد المأذون حقيقة ويده معتبرة متى كان عليه دين وللمولى يد عليه حكما

لكونه في منزله وما يكون في منزل إنسان يكون في يده ولما استويا في اليد ترجح جانب العبد بشهادة الظاهر، فإن الظاهر يشهد له إن كان من تجارته، وإن لم يكن من تجارته فالظاهر يشهد للمولى؛ لأن الظاهر أن ما في منزل المولى يكون له، وإن كان من تجارتهما لم يذكره في الكتاب وقيل إنه للمولى لأنهما استويا في اليد والتجارة، ورجح جانب المولى بشهادة الظاهر، فإن الظاهر أن ما في منزله يكون له، وإن كان المأذون راكبًا على الدابة أو لابسا الثوب وهما في منزل المولى فالقول للعبد؛ لأن العبد مستعمل وللمولى مجرد يد حكما ولا عبرة لليد الحقيقية بمقابلة الاستعمال والانتفاع واليد الحكمية أولى. حر أو مأذون أو مكاتب أجر نفسه من رجل تاجر يبيع معه أو خياط يخيط معه وفي يد الأخير ثوب فقال التاجر هو لي وقال الأخير هو لي، فإن كان في حانوت التاجر فالقول له؛ لأن صاحب اليد هو المستأجر؛ لأن يد الأخير يد المستأجر حكمًا ألا ترى أن العمل يقع مسلما حتى لا يكون له الحبس بالأجرة.

وذكر الشيخ الإمام رحمه الله أبو بكر محمد بن الفضل البخاري: هذا إذا كان المتنازع فيه ليس من آلة العمل، وإن كان من آلة العمل فالقول للأخير؛ لأنه في يده حقيقة والظاهر يشهد له، وإن كانا في سكة أو في منزل الأخير فالقول للأخير؛ لأن اليد للأخير حقيقة وحكما ألا ترى أن العمل يقع مسلما، وإن كان العبد محجورا عليه فالقول للاستناد وسواء في هذا كونهما في سكة أو سوق أو منزل أو كان العبد راكبا على الدابة. واختلفا فيها فالقول في ذلك كله للاستناد لأنه لا يد للعبد المحجور بل يده يد مولاه حتى لو كان في يد المحجور مال لا ينتصب خصما لمدعيه بيده والمولى لما أجره وسلمه إلى المستأجر فقد نقل يده فصارت اليد للمستأجر ولم يبق للمولى يد فكان القول للمستأجر بخلاف المأذون والمكاتب؛ لأن يده يد نفسه حتى لو كان في يده مال انتصب خصما لمدعيه.

(باب تصرف المأذون مع مولاه)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في تصرف المأذون مع مولاه.

والثاني: في توكيل المأذون مولاه.

والثالث: في تصرف الصبي المأذون مع وليه.

(فصل)

وإذا باع المأذون المديون شيئًا من مولاه بمثل قيمته جاز؛ لأن هذا البيع قيد ملك الرقبة والتصرف للمولى في كسب العبد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن دين العبد يمنع وقوع الملك للمولى في كسب عبده وعندهما لا يمنع فلا يستفيد بهذا البيع ملك الرقبة ولكنه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسبه ويجوز أن يثبت للعبد على مولاه دين؛ لأنه مقيد بحق الغرماء كما يثبت له الملك في كسبه، ولهذا لو استهلك المولى شيئًا من كسب المأذون المديون يضمن لغرماء العبد فكذا هذا وصار كبيع المضارب مال المضاربة من رب المال بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين لا يجوز بيعه من مولاه؛ لأن كسبه مملوك للمولى رقبة وتصرفا فلا يقيد للمولى شيئًا.

وإن حاباه محاباة[1] يتغابن الناس في مثله لم يجز وكذلك المريض إذا باع شيئًا من التركة المستغرقة بالدين محاباة يسيرة، أو رب المال باع شيئًا من عروض المضاربة بمحاباة يسيرة في هذه الفصول الأربعة وهذا؛ لأن من كان متهما في حق الغير غير مسلط على التصرف من جهته يستوي في حقه المحاباة اليسيرة والفاحشة لتمكن التهمة كالشاهد في حق من يتهم لا تقبل شهادته بالقليل والكثير والعبد المأذون متهم بالميل إلى المولى وإيثاره على الغرماء والمريض متهم بالميل إلى الورثة ورب المال متهم بعدما أصاب المال عروضا بالميل إلى غيره وقصد الإضرار بالمضارب، وإذا لم يجز بيع المأذون من مولاه بغبن يسير يقال للمولى إن كان المباع قائمًا إما أن يتم القيمة وإما أن ينقص البيع؛ لأن العبد يبيع ملك نفسه فجاز إلا أنه أمر بتتميم القيمة أو نقض البيع صيانة لحق الغرماء؛ لأن في المحاباة اليسيرة إبطال حق الغرماء وليس له ولاية إبطال حقهم وقيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة

---

(١) قَال الْقُهُسْتَانِيُّ: الْمُحَابَاةُ هِيَ النُّقْصَانُ عَنْ قِيمَةِ الْمِثْل فِي الْوَصِيَّةِ بِالْبَيْعِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى قِيمَتِهِ فِي الشِّرَاءِ. انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٦٨ - ط. الحلبي.

لو حابى لا يجوز البيع فإن أتم المولى القيمة وعلى هذا الخلاف إذا اشترى العبد من مولاه بمحاباة يسيرة وهذا بناء على أن المولى من عبده ينزل منزلة الوارث من مورثه.

ولو باع المورث شيئًا من وارثه بمثل قيمته لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز، ولو كان المستهلك المتاع المبيع لزمه القيمة؛ لأن المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض المبيع في استهلاكه فقد تعذر نقضه فيلزمه تتميم القيمة.

ولو دفع العبد إلى مولاه مضاربة بالنصف فربح فقال أخذت رأس مالي ونصيبي من الربح صدق في ذلك ولا يصدق على ما في يدي المولى من الربح فيأخذه منه، وكذلك لو شاركه عنانا فللغرماء أن يأخذوا نصفه؛ لأن مال المضاربة والربح كله أمانة في يد المولى والأمين متى ادعى رد الأمانة كان القول قوله حتى لا يضمن، فإذا صدقه صاحبهما في إقراره أولى ولا يصدق في استخلاص ما في يد المولى للمولى؛ لأن الأمين يصدق في رد الأمانة على صاحبها ولا يصدق فيما يدعي من استخلاص شيء من مال غيره في يده لنفسه أو ربح مال غيره لنفسه كما في المودع.

(فصل)

وإذا وكل العبد وكيلًا ببيع عبد له فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده فأقر الوكيل بالقبض لم يصدق، ولو باعه الغرماء وأقر صدق.

والفرق أن بعد الحجر على العبد بقي القبض حقا للعبد بدليل أن المشتري لو دفع الثمن إليه برئ من الثمن كما لو دفع إليه قبل الحجر، وإذا بقي القبض بعد الحجر حقا للعبد كان الوكيل وكيل العبد، ولا يصح إقرار العبد بقبض الثمن من المولى فلا يصح إقرار وكيله فأما بعد بيع العبد لم يبق القبض حقا له، وإنما بقي القبض للغرماء فكان هذا وكيل الغرماء، ويجوز إقرار الغرماء بقبض الثمن من المولى وكذا يجوز إقرار وكيلهم.

ولو باع المولى جارية عبده المأذون المديون ونوى الثمن فأقر العبد أنه أمر مولاه ببيعها لم يضمن المولى قيمتها، ولو أنكر ضمن؛ لأن العبد إذا صدقه فقد حكى أمرًا يملك استئنافه للحال، فإنه لو استأنف أمرًا للحال، فإنه يملك إنشاءه واستئنافه

فصدق فيما حكى كزوج المعتدة إذا قال راجعتك وكذبته المرأة هذا إذا كانت الجارية قائمة أو لا يدري حالها وإن كانت هالكة قيل تصدق؛ لأن محمدًا أطلق الجواب إطلاقا والصحيح أنه لا تصدق؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه، فإنه لو أمره ببيع الجارية وهي هالكة لا يصح فلا يصدق فيما حكى وإن كان فيه نفي الضمان عن المولى، ولو كذبه العبد ضمن المولى قيمتها؛ لأنه أتلف مال العبد والغرماء عليهم بالبيع والتسليم؛ لأنه لم يثبت إذن العبد بإقراره فصار قابضًا ومسلما بغير إذنه، وإن قال لم آمره ولكن أجزت البيع إن كانت الجارية قائمة جاز ولم يضمن المولى وإلا لم يجز وضمن؛ لأن البيع انعقد موقوفًا على إجازة العبد، فإذا لم يعرف موت الجارية بقي موقوفا كما كان؛ لأن العقد لا يبطل عند وقوع الشك في دليل البطلان فتعمل فيه الإجازة لأنها لاقت عقدًا موقوفًا ومتى علم هلاكها والإجازة لاقت عقدًا مفسوخًا فلم تصح الإجازة فلم يبرإِ المولى عن الضمان؛ لأنه تسلمها بغير إذنه.

ولو حجر عليه ثم قال العبد كنت أمرته بالبيع لم يقبل؛ لأنه حكى ما لا يملك استئنافه للحال فلم يصدق وبقي المولى ضامنًا، وكذلك لو أقر بعدما باعه الغرماء لم يصح إقراره، ولو أمر مولاه ببيع عبده فباعه ثم أقر أن العبد قبض الثمن من المشتري يحلف المولى على ما يقول، فإن حلف لم يضمن وإن نكل ضمن الثمن لعبده؛ لأن المولى يقر ببراءة المشتري عن الثمن بقبض الموكل فكانت دعواه براءة المشتري بقبض الموكل كدعواه البراءة بقبض نفسه وهناك القول قوله مع اليمين فكذا هذا.

(فصل)

وإذا باع صبي مأذون من أبيه عبدا بما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأنه تعذر صيانة بياعاته وأشريته عما يتغابن الناس فيه فلا يعتبر ذلك في إفساد عقوده وهو يحتاج إلى أن يبايع مجازفة كما يحتاج إلى مبايعة الأجانب، ولهذا لو باع الأب ماله من نفسه بما يتغابن فيه الناس جاز، فأما إذا باع منه بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز بالاتفاق وهو الصحيح وفي بعضها أنه

يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز، ولو باع من الأجنبي بما لا يتغابن فيه يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما في العبد المأذون على ما بينا وجه الرواية أنه لا يجوز، فإنه لو باع الأب ماله من نفسه بما لا يتغابن فيه لا يجوز لأجل التهمة؛ لأنه يتهم أنه إنما أذن له ليبيع منه بغبن فاحش حتى يستجلب بهذا الإذن منفعة إلى نفسه؛ لأنه عسى يوثر نفسه عليه لجلب المنفعة إلى نفسه فكذا إذا اشترى منه وهذه التهمة منفية في حق الأجنبي؛ لأنه لا يؤثر الأجنبي على ولده. وجه الرواية التي يجوز المأذون يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد البلوغ لا بحكم النيابة عن المولى والمولى لما بينا وبعد البلوغ يجوز بيعه بغبن فاحش ويسير وكذا بعد الإذن، ولهذا جاز إقرار المأذون كما جاز بعد البلوغ فكذا هذا، ولو أقر الصبي بقبض الثمن من الأب أو الوصي لم يصدق إلا نفسه، وكذلك لو أقر الصبي لوليه أو لوصيه بالدين وفي رواية يصدق من غير بينة؛ لأنه غير متهم بالكذب في إقراره؛ لأن الإنسان لا يختار ولا يؤثر غيره على نفسه وإن كان أشفق الناس وأرفقهم به؛ لأن شفقة الإنسان على نفسه أوقر وأكبر من شفقته على غيره فلا يختار الأب والوصي على نفسه بالإقرار كاذبا. وجه الرواية الأولى أنه متهم في إقراره لأنه يحتمل أن المولى أذن له في التجارة مع قلة عقله وقصور رشده وهدايته ليدعوه إلى الإقرار بالقبض كاذبا لقلة عقله وسرعة اغتراره وانخداعه. والأب وإن كان وافر الشفقة ولكن شفقته على نفسه أوقر وأكبر فيختار نفسه عليه وقد وجد دليل الاختيار وهو الإذن. والله أعلم.

(باب تصرف المولى مع المأذون)

(المبسوط): وإن باع منه بمثل قيمته أو أقل جاز وللمولى الحبس حتى يقبض الثمن وقبل هذا البيع لا يجوز متى سلم المبيع أولا ثم قبض الثمن؛ لأنه تعذر تجويز هذا التصرف تبعا؛ لأنه لا بد للبيع من إيجاب الثمن والمولى لا يستوجب على عبده دينا فيكون بيعا بلا ثمن وتعذر تجويزه استخلاصًا للكسب؛ لأن ما سلم للعبد من المبيع صار كسب العبد وتعلق به حق الغرماء؛ لأنه ملكه من العبد بشرط أن يجب الثمن في ذمته فصح التمليك ولم يصح إيجاب الثمن في الذمة، وإذا أخذ

منه فأما متى أخذ الثمن أولا ثم دفع المبيع إليه فقد أمكن تجويزه بطريق الاستخلاص؛ لأنه أخذ من كسب العبد ألفًا وأعطاه بإزائها عوضا بعدله فكان استخلاصا للكسب وللمولى ذلك وقيل يجوز هذا البيع مطلقا وهو الصحيح؛ لأنه أمكن تجويزه بيعًا من غير ثمن يجب على العبد للحال ويتأخر وجوب الثمن إلى وقت تسليم المبيع أولًا إلى العبد؛ لأنه متى سلم المبيع أولا ثم يجب الثمن على العبد آخرا ويجوز أن ينعقد البيع ويتراخى وجوب الثمن كما لو اشترى شيئًا على أنه بالخيار انعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن إلى وقت سقوط الخيار فكذا هذا.

وكذلك إذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن في ذمة العبد بعد تسلم المبيع ثم سقط عنه؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين ولا يسترد ما باع فكان لغرمائه؛ لأنه صار من كسب العبد تمليك المولى منه، وإن كان الثمن عوضا فللمولى أن يطالب العبد بالعرض الذي اشتراه منه؛ لأن الثمن متى كان عوضا يتعلق البيع بعينه ولا يجب دينا في الذمة فيثبت للمولى مطالبة عبده بتسليم عين له عند العبد وذلك جائز كما لو أودعه مالا أو غصب العبد شيئًا من ماله فللمولى أن يطالبه برده، ولو استهلك شيئًا من مال المولى لم يضمن.

ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فإما أن يأخذ بمقدار قيمته أو ينقض البيع؛ لأنه إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع كالمريض إذا اشترى وحابى في الثمن ولم يسلم المحاباة للبائع فله الخيار إن شاء أخذ مقدار قيمته، وإن شاء نقض البيع فكذا هذا.

(المنتقى): ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون فالمولى أحق بها وكذلك إن أودعه وديعة فاشترى العبد بها متاعا فالمولى أحق بالمتاع؛ لأنه بدل ملكه، ولو اشترى المولى من عبده شيئًا لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يجز قبضه له وإن صدقه الآمر بقبضه، فإن قبضه المولى فمات في يده ضمن الثمن للعبد وبطل البيع عن الآمر وكذلك شراء رب المال عبدا من المضاربة من مضاربه لغيره وقيمته ألفان ورأس المال ألف يجوز ولا يجوز قبضه.

(باب العبد والصبي المحجور عليه إذا انصرف ثم أذن له)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في العبد.

والثاني: في الصبي.

(فصل)

وتصرف العبد المحجور في مال مولاه يقف على إجازته؛ لأن تصرفه وقع لمولاه؛ لأن حكم تصرفه وهو الملك يقع لمولاه لو نفذ بإذنه فصار العبد مشارطا البدل على المولى؛ لأن البدل في المعاوضات إنما يكون مشروطا على فضل له بالمبدل فصار المحجور متصرفا في حق الغير بغير إذنه فيتوقف على إجازته، فإن أجازه المولى نفذ عليه وتكون العهدة على العبد؛ لأنه هو العاقد وصار كالفضولي.

اشترى عبد محجور عليه متاعا ثم أذن له مولاه في التجارة لم يجز شراؤه؛ لأن الإذن إجازة لأشريته وبياعاته في المستقبل لا في الماضي؛ لأن الإذن بتحصيل شراء حاصل مستحيل فيبقى شراؤه موقوفا، فإن أجاز العبد الشراء بعد ذلك جاز استحسانًا.

وكذلك لو أجازه المولى وهكذا ذكر في النكاح إذا تزوج امرأة بغير إذن مولاه ثم أذن له بالنكاح فأجازه يجوز استحسانًا. وجه القياس: أن هذا العقد توقف على إجازة المولى لا على إجازة العبد؛ لأن توقيف العبد على إجازة العاقد مستحيل فيجب أن لا ينفذ إلا بإجازة المولى. وجه الاستحسان: وهو أن الإذن بالتجارة إذن بإجازة التجارة؛ لأن الإجازة تجارة كإنشاء العقد، ولهذا يملك إجازة بيع شيء من كسبه، ولأن ما هو المقصود من الشراء يحصل بالإجازة فتكون الإجازة باعتبار المقصود تجارة معنى فيملك الإجازة بإذن المولى فصارت إجازته كإجازة المولى؛ لأنه يقوم مقامه في الإجازة، ولو لم يأذن ولكن أعتقه لم يجز شراؤه وإن أجازه، وكذلك لو أجازه المولى بعد العتق أو أجاز لم يجز؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا

منتقضًا مفسوخًا؛ لأنه انتقض بالعتق؛ لأنه تعذر تنفيذه على الوجه الذي انعقد؛ لأن الشراء انعقد على أن يقع الملك في البيع للمولى والثمن مستحق من خالص ملكه، ولو نفذ بالإجازة بعد العتق يستحق الثمن من ملك العبد؛ لأنه تسلم بمنافعه ومنافعه ملكه ويجب الثمن في ذمته ومتى تعذر تجويزه على الوجه الذي انعقد بطل كالفضولي إذا باع مال غيره ثم مات المالك يبطل بخلاف ما إذا تزوج العبد بغير إذن المولى ثم أعتقه المولى ينفذ النكاح والشراء لا ينفذ والفرق أن النكاح وقع للعبد لا للمولى؛ لأن حكمه يقع للعبد متى أجازه المولى إلا أنه لم ينفذ بحق المولى حتى لا تصير رقبته مشغولة له بالمهر والنفقة فيتضرر المولى بذلك، فإذا زال حق المولى بالعتق نفذ على العبد فأما الشراء واقع للمولى؛ لأن حكمه يقع له فيتوقف على إجازته فلا ينفذ على غيره.

ولو اشترى المحجور متاعًا فهلك في يده ولم ينقد ثمنه ثم عتق لزمه قيمة المتاع؛ لأن القبض حصل بإذن المالك والعقد قول والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال ما لم يعتق، فإذا هلك المتاع قبل الإجازة انفسخ العقد بقي قابضا للمبيع بجهة العقد فصار كأنه قبضه على سوم الشراء بغير إذن المولى وهلك في يده، ولو كان كذلك يضمن قيمته بعد العتق لا الثمن فكذا هذا، ولو كان المبيع عبدا فقتله بعد أن قبضه لزمه في الحال ويقال لمولاه ادفع أو افده؛ لأنه جنى على ملك غيره؛ لأن شراء الموقوف لا يقيد الملك قبل الإجازة وإن قبضه فبقي العبد على ملك البائع فصار جانيا على ملك غيره فكانت جنايته معتبرة فيلزم المولى موجبها وهذا نص على أن شراء المحجور لا يقيد الملك بعد القبض.

ولو اشترى المحجور عبدا بألف قيمته ألف فباع وربح فيه أخذ البائع ثمنه من ذلك المال استحسانًا إذا علم أنه ثمن عبده في يده، والقياس أن لا يكون له أخذ الثمن؛ لأن البيع ليس بنافذ. وجه الاستحسان: أنه متى ربح فيه نفذ البيع؛ لأن بيع المحجور إنما لم يجز؛ لأن فيه ضررًا بالمولى وهنا لا ضرر بالمولى بل فيه نفع له، فإنه يحصل له الربح والعبد محجور عن المضار لا عن المنافع فكان هذا بيع مأذون فنفذ، ونظيره العبد المحجور إذا أجر نفسه بغير إذن مولاه وعمل وسلم من العمل تجوز الإجارة ويجب الأجر فكذا هذا، ويأخذ ثمنه مما في يده؛ لأنه عثر على بدل حقه.

ولو عثر على عين حقه أخذه فكذا إذا عثر على بدل حقه، ولو أنكر المولى وقال "هو هبة من عندي" كان القول له؛ لأن يد المحجور يد المولى فكان القول قوله أن ما في يده ملكه.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة البائع؛ لأن بينته بينة الخارج، ولو باع المحجور عليه متاعًا لرجل بأمره جاز والعهدة على الآمر، فإن عتق أو أدركه في التجارة عادت العهدة عليه؛ لأنه لا ضرر على المولى.

(فصل)

وإذا باع صبي محجور عبده بألف درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل، ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع؛ لأن الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة؛ لأن الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده؛ لأنه قبض بإذن المالك وقبض المأذون لا يوجب الضمان ولا يجب بالعقد؛ لأن المحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال والكفالة بما ليس بمضمون باطلة فأما قبل قبضه أمكن تصحيح الكفالة بأن يجعل الكفيل كأنه قال ادفع الثمن إلى الصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فيصير مستقرضًا المال من المشتري ثم أمره بدفعه إلى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبض الضامن أولا ثم يصير قابضًا عن نفسه كمن قال لآخر أدركوه مالي على أني لك ضامن فصار الضامن قابضا الثمن من المشتري بقبض الصبي ثم دفعه إليه فكان ضامنا وكان المال أمانة في يد الصبي وبعد قبض الثمن لا يمكن أن يجعل الكفيل ضامنا على هذا الوجه وصار كمن دفع عشرة دراهم إلى صبي وقال: أنفقها على نفسك وضمن إنسان عن الصبي لم يصح.

ولو ضمن قبل دفع العشرة يصح فكذا هذا، فإن وجد المشتري ماله بعينه في يد الصبي رجع عليه، وإن لم يجد بطل حقه عندهما، وعند أبي يوسف رجع على الصبي بضمانه كما لو أودع صبيًا محجورًا عليه مالًا فاستهلك.

(المنتقى): عبد محجور عليه اكتسب عشرة دراهم بغير إذن السيد ثم اشترى بها

ثوبا والسيد ينظر إليه فسكت صار العبد مأذونا له في التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع؛ لأن العبد اكتسبها قبل الإذن فكانت مال المولى ويرجع البائع بالدراهم دينا على العبد. عبد محجور عليه اشترى دارا وباعها ثم بلغ مولاه فأجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع؛ لأنه لما نقد الشراء السابق على البيع بإجازة المولى فقد ثبت الملك البات للمولى سابقا على البيع فقد طرأ ملك بات للمولى على ملك موقوف بغيره فبطل الموقوف. عبد محجور اشترى ثوبا ولم يعلم مولاه بذلك حتى باعه العبد ثم أجاز شراءه لم يجز هذا الشراء أبدًا؛ لأنه لو جاز ونفذ صار للعبد دون المولى وهو إنما اشتراه للمولى.

ولو باع ثوبا من رجل ثم إن المولى باع العبد ولم يعلم ببيع الثوب ثم علم فأجاز البيع جاز؛ لأن بيع العبد لم ينفسخ البيع الموقوف فالإجازة صادقت عقدا موقوفا فصحت. عبد محجور أدان رجلا دينا فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفعه إلى العبد فقضاه الغريم ذكر المعلى عن أبي يوسف إن كان رد على العبد عين الدراهم التي أخذها منه فهو بريء وإن قضاه غيرها لا يبرأ؛ لأنه متى كان المأخوذ قائمًا وجب عليه رده على العبد؛ لأنه أخذه منه بغير حق، وإن لم يكن قائمًا صار دينا عليه للمولى فيجب قضاؤه للمولى، وعند أبي حنيفة بشراء في الوجهين؛ لأن الإدانة من المحجور عليه موقوف وحقوق العقد ترجع إلى العاقد في الباب والموقوف جميعًا كما في الفضولي إذا أدان مال غيره فقضاه المدين بشراء فكذا هذا والله أعلم.

(باب تصرف المأذون بعدما حجر عليه)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في الإقرار بعد الحجر.

والثاني: في الهبة منه والاستهلاك.

والثالث: في الخصومة وقبض الديون.

(فصل)

وإذا حجر على عبده المأذون فتصرف بعد ذلك في بعض باقي يده وأقر بدين أو وديعة أو بضاعة أو استهلكها لا يلزمه شيء عندهما قياسًا.

وقال أبو حنيفة: كله باطل ما خلا الإقرار بالدين والوديعة والبضاعة استحسانًا.

لهما: أن إقرار العبد بالكسب إنما يصح بالإذن؛ لأن المحجور ممنوع من التصرف في كسب في يده؛ لأنه صار ملكا للمولى، ولهذا لو أقر المحجور الأصلي بما في يده من الكسب أو باع لا يصح وهنا إن بقي الكسب في يده فقد زال الإذن فلم يصح إقراره. لأبي حنيفة رضي الله عنه أن هذا المال بقي كسبا للمأذون وإن حجر عليه؛ لأنه لو كان عليه ديون يقضى عليه منه بعد الحجر، وإذا بقي كسبا له فوجب أن ينفذ إقراره فيه؛ لأن إقراره نافذ في حق الكسب بحاجته؛ لأن كل كاسب أحق بكسبه ما لم يفضل عن حاجته ودفعا للضرر عنه وعن الغرماء وأرباب الأمانات؛ لأن العبد لا يشهد على كل عقد يعقد في حالة الإذن فربما يجتمع مال عظيم في يده بالمبايعات فيحجر عليه المولى فلو لم يجز إقراره بعد الحجر أدى إلى إلحاق الضرر بالغرماء، فإنه يتأخر حقهم إلى ما بعد العتق ويتضرر به العبد، فإنه يلزمه القضاء من خالص ماله متى عتق وكان سبيل ديونه أن تقضى من كسب الرق، ولهذا جاز إقراره باستيفاء الديون التي وجبت له بالمبايعات في حالة الإذن، ويقبض الودائع التي كانت له عند الناس بعد الحجر نفيا للضرر عنه وعن الناس بخلاف التجارة؛ لأنه ليس في القول ببطلان تجارته فيه ضرر بأحد وبخلاف رقبته فإنها كسب مولاه لا كسبه.

ولو أقر بدين حادث بعد الحجر وعليه دين معروف وجب عليه في حالة الإذن لا يصح إقراره بدين الحجر لأنهما لم يتساويا؛ لأن أحدهما وجب في حال الإطلاق والآخر وجب في حالة الحجر فكان بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ولو أقر بعدما حجر عليه وكانت في يده ألف أخذها مولاه أنها كانت وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شيء؛ لأنه محجور أقر بغبن وليس في يده من كسب الإذن شيء فلا يصح إقراره؛ لأن صحة إقراره باعتبار ما في يده من الكسب؛ لأنه بقي حقا له بعد الحجر، فإذا لم يكن في يده شيء لا يصح.

ولو أقر أنها كانت غصبا في يده لزمه إذا عتق؛ لأن أخذ المولى منه كرها يعتبر بما لو هلك في يد العبد والوديعة إذا هلكت في يد المودع لم يضمن؛ لأنه لم يخالف فيها والمغصوب إذا هلك في يد الغاصب يضمن فكذا هذا.

ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاها لزمه إذا عتق؛ لأن الكسب إذا كان مستحقًّا بدين الإذن فهو كالهالك معنى كالماء المستحق بالعطش جعل كالعدم حكما، ولأن ما في يده مشغول بحق الغرماء فلا يصح إقراره كالوارث إذا أقر على مورثه وعليه دين مستغرق بالتركة إلا أنه يلزمه بعد العتق؛ لأن في زعم العبد أن دينه قضيت من الوديعة بغير إذن صاحبها.

ولو حجر عليه وفي يده ألف فأقر لرجلين لأحدهما بدين ألف درهم ولآخر بأن هذه الألف وديعة له فلا يخلو إما أن أقر بهما منفصلا أو متصلا بينهما وكل لا يخلو إما أن يقر بالدين أو لا ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين، فإن أقر بهما منفصلا بأن قال لفلان عليّ ألف وسكت ثم قال هذه الألف وديعة لفلان عند أبي حنيفة الألف كلها للمقر له بالدين؛ لأنه لما أقر بالدين أولا فقد تعلق به حق صاحب الدين وصار جميع الألف مشغولة مستحقة بحقه فإقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن إبطال حق صاحب الدين فلا يصح إقراره كالوارث إذا أقر على مورثه بدين ألف درهم وفي يده ألف من التركة ثم أقر بالوديعة لا يصح فكذا هذا.

وإن أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالألف كلها للمقر له بالوديعة لما بينا، وأما إذا أقر بهما متصلا، فإن بدأ بالدين بأن قال لفلان عليّ ألف وهذه الألف وديعة لفلان تكون الألف بينهما نصفين.

ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالألف كلها لصاحب الوديعة عند أبي حنيفة؛ لأن الكلام إذا كان متصلا بعضه ببعض في آخره ما يغير حكم أوله يتوقف أوله على آخره ولا يعطى لأوله حكم حتى ينتهي إلى آخره لئلا يلغو آخره، فإذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة فالبيان وجد والمحل في ملكه؛ لأنه حين أقر بالدين أولا فالألف لم تزل عن ملكه ولا يخرج من أن يكون كسبا له إلا أنه تعلق حق الغريم به فصح البيان منه؛ لأنه لاقى ملكه فيعتبر أول هذا الكلام فتنصف الألف بينهما وهذا البيان منه؛

لأنه لاقى ملكه بيان يعتبر لا تقرير فيصح موصولا لا مفصولا فأما إذا أقر بالوديعة أولا فالبيان وجد والألف ليست في ملكه؛ لأن بالإقرار الأول ظهر أنها ملك المودع، فإذا أقر بالدين بعد ذلك لا يتعلق حق المقر له بتلك الألف ولا يتعين أول الكلام بآخره بل بنقد ذلك للحال.

ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كان بينهما نصفين عند أبي حنيفة؛ لأن الإقرار بالوديعة إقرار بوديعة مستهلكة؛ لأنه لا يمكن للمودع تسليمها فكأنه أقر لهما بالدين معا وعندهما الأقارير كلها باطلة والألف للمولى ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق؛ لأن إقرار المحجور بما في يده من الكسب باطل.

(فصل)

ولو وهب رجل لعبد محجور ألفًا فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل ألفًا ثم استهلك أيضًا ألف أخرى كانت الألف للمولى والدينان في رقبته؛ لأن المولى لم يرض باستحقاق رقبته وانغلاق كسبه بالدين فصار كسبه وهو الألف الموهوبة به ملكًا للمولى فملك فيها التصرف وكانت يد العبد في تلك الألف كيد المولى، فإذا لحقه الدين بعد ذلك لا يتعلق بتلك الألف؛ لأن حق المولى أسبق على حق الغرماء.

ولو لحقه دين الاستهلاك ثم وهب له تصرف الهبة إلى دينه؛ لأن الدين لما لزمه فالألف لا تصير ملكا للمولى لأنها كسب العبد ومحل قضاء دين الإنسان كسبه فيتعلق به حق الغريم وصار مستحقا به والفاصل من حق العبد يصير ملكا للمولى ولم يفصل كسبه من حقه بخلاف ما إذا كان مأذونا في التجارة؛ لأنه رضي المولى بانغلاق كسبه واستحقاقه بالدين فتعلق به حق الغرماء سواء كان الكسب حادثا قبل لحوق الدين أو بعده.

ولو استهلك ثم وهب له ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة إلى الدين الأول لأنه حين لزمه الدين الأول صار كسبا مستحقا به والمستحق بالدين يصير كالهالك حكما فحين لزمه الدين الثاني لم يبق له كسب فلا يتعلق به وصار هذا كالمأذونة إذا ولدت ولدا بعد لحوق الدين بها، فإنه يتعلق بالولد وإن ولدت قبل لحوق الدين لا

يتعلق بالولد؛ لأن المحجور يملك التصرف في كسبه كما لا تملك المأذونة التصرف في ولدها فاستويا.

(فصل)

وإذا حجر على المأذون وله ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد وعليه دين أولا برئ الغريم؛ لأن حجر المولى لم يعمل فيما يثبت للعبد من استيفاء ديونه وقبض ودائعه التي وجبت حالة الإذن؛ لأنه ثبت للغريم حق أن يبرأ من الدين متى دفع الدين إلى العبد ولا يملك المولى إبطال الحق على غريمه بالحجر كما في الوكيل بالبيع لم يبطل حقه في قبضه بالعزل فكذا هذا، ولأن قبض الثمن من حقوق العقد والحجر لم يعمل في إبطال حق العقود المباشرة حالة الإذن فكذا لا يعمل في إبطال حقوقها وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كما في الوكيل.

ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها المولى، وإن كان على العبد دين؛ لأن المولى أقرب الناس إليه، فإذا عجز العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامة كما يقوم الوارث مقام المورث إلا أنه لا يقبض الديون متى كان عليه دين؛ لأنه لا فائدة في قبضه إذ لو قبضه يجب عليه دفعه إلى الغرماء فيحيل بالقبض إليهم، ولذلك يجب أن يكون في الوارث، فإن أعتقه المشتري فللعبد أن يقبض دينه؛ لأن العجز قد ارتفع؛ لأن العجز إنما كان بحق المشتري حتى لا يتقاعد عن خدمته من غير رضاه وقد زال هذا المعنى بالعتق، وإذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله في متاع باعه في حالة الإذن يرد عليه لا بإقراره لكن يعلم القاضي بوجود العيب عند البيع تغيبًا وإحاطة كما لو نكل عن اليمين أو أقام المشتري البينة عليه، وإن كان عيبًا لحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه المولى يحلف على علمه؛ لأن هذا إقرار من العبد بالدين على نفسه؛ لأنه أقر للمشتري بحق الرد عليه وأن الثمن دين عليه للمشتري متى رد عليه فصار هذا إقرارًا بالدين على نفسه باعتبار المال وإقرار المحجور عليه بالدين باطل إذا لم يكن في يده كسب وقت الإقرار إلا أنه لا يبقى العبد خصمًا للمشتري؛ لأنه وافقه وساعده والخصومة إنما تتحقق بين المتنازعين لا بين المتوافقين، وإذا عجز

المشتري عن الخصومة مع العبد يقوم المولى مقامه في الخصومة كما لو مات العبد أو خرج عن ملكه، فإن أقر المولى لم يصدق على الغرماء وبيع العبد المردود ورد على المشتري ثمنه من قيمته، فإن فضل كان للغرماء وإن نقص لم يكن له شيء ما لم يقض الغرماء من رقبة العبد؛ لأن حق المشتري يتعلق بثمن المتاع لا برقبة العبد؛ لأن المولى والعبد لا يصدقان في حق الغرماء؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقهم ثم جعل نكول العبد بمنزلة البينة ونكول المولى بمنزلة الإقرار؛ لأن العبد كالوكيل في هذا المتاع والمولى كالموكل ويكون الوكيل بمنزلة البينة؛ لأنه مضطر في النكول لجواز أن يكون به هذا العيب وقت البيع وهو لا يعلم به فمتى حلف الوكيل على البيان يكون حانثًا في اليمين فصار مضطرا في النكول فجعل نكوله بمنزلة البينة للضرورة إذا لم يسبق منه إقرار فأما الموكل والمولى غير مضطر في النكول؛ لأنه يستحلف على العلم فمتى لم يعلم بالعيب وقت البيع لا يحنث في الحلف.

(باب جناية العبد المأذون والجناية عليه)

(المسبوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في جناية المأذون.

والثاني: في جناية عبده.

(فصل)

وإذا جنى المأذون يخاطب المولى بالدفع أو الفداء؛ لأن الخصم في رقبة المأذون هو المولى لأنها كسب المولى لا كسب المأذون، ولهذا لو ادعى إنسان في رقبته حقا ينتصب المولى خصما للمدعي لا للمأذون وكذا لا تباع رقبة المأذون المديون إلا بحضرة المولى.

ولو قتل العبد رجلا خطأ ثم أذن له مولاه في التجارة ولحقه دين لم يكن اختيارا للفداء؛ لأن الإذن للعبد لا يعجز المالك عن الدفع؛ لأنه باقٍ على ملكه وكل تصرف أصابه المالك في العبد ولا يعجزه عن الدفع لا يصير به مختارًا للدفع لما تبين في كتاب الجنايات.

وإن دفعه بالجناية بيع في الدين ويرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه؛ لأن حقهم ثبت في عبد فارغ عن الدين، وإنما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار المولى ضامنا بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى إلى أصحاب الجناية ثم بيع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء؛ لأنه وصل إليهم قدر حقهم، فإن حقهم في عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل إليهم كذلك.

وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف درهم ثم قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف فرجع بالجناية وبيع بالدينين رجع صاحب الجناية الأخيرة على مولاه بنصف قيمة حصة الدين الثاني؛ لأنه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء.

ولو وجب الدينان بعد الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد، فإذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم لنفسه أقر على عبد بجناية ثم بجناية دفع إليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الأولى على المولى بنصف قيمته إذا تكاذب الوليان؛ لأن الإقرار بالجناية الثانية إقرار بتمليك العبد من أولياء الجناية وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الإقرار بالجناية الثانية وبالإقرار بالجناية الثانية لا يصير مختارا للفداء ولا ضامنا قيمة العبد؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع يمكنه دفع جميع العبد إلى أصحاب الجناية الأولى على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق إلا أن يقضي دينه.

ولو كان عليه جناية معروفة أو أقر بها المولى على عبده بالجناية الثانية صح إقراره. والفرق أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضاء الغرماء، ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا وكذا يمنع صحة الإقرار بما يوجب تمليكه من غيره فأما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره، ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولي الجناية نقضه، وفقهه أن دين العبد واجب في ذمة العبد لا في ذمة المولى وتعلق بماليته والمالية في العبد والحق

الثابت في العين يحجر المالك من تمليكه من غيره؛ لأنه يتضمن إبطال حق الغير كحق المرتهن في الرهن فأما موجب جناية العبد يجب في ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء إلا أنه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته، وإذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى فلا يحجره عن التصرف فيه؛ لأنه تصرف بحل خالص له لا حق للغير فيه إلا أنه إذا استهلكه ضمن قيمته؛ لأن العبد محل إقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه، وإذا استهلكه ضمن فكذا هذا.

ولو قتل رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى على أن جعل العبد لأصحاب الجناية بحقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع في الدين، فإن فضل شيء كان لصاحب الجناية وإلا فلا شيء له على أحد أبدًا؛ لأن تمليك المولى العبد من ولي القصاص بالصلح لو صح يؤدي إلى إبطال حق الغرماء في العبد والسعاية كما لو باعه؛ لأنه ليس للغريم ولاية بيع العبد والاستسعاء في ملك ولي القصاص فالواجب بقتل العمد القصاص لا الدفع فلم يصح هذا الصلح في حق الغرماء وصح في حق ولي القصاص؛ لأن العفو من ولي القصاص حصل بغير بدل؛ لأنه صالح على بدل لا يقدر المتبرع على تسليمه فصار كما لو صالح مع متبرع على خمر أو خنزير، وإذا سقط القصاص لا يخاطب الولي بشيء ولكن يباع العبد بالدين؛ لأنه لا يستحق به وما فضل شيء فلولي القصاص؛ لأن الثمن بدل العبد ولا مانع فيه.

(فصل)

ولو جنى عبد عبده المأذون، فإنه يخاطب به المأذون بالدفع أو الفداء لا المولى؛ لأن الخصم في كسب المأذون هو المولى؛ لأن ملك اليد والتصرف له، ولهذا لو ادعى إنسان في كسبه حقا انتصب المأذون خصما له ويملك بيع كسبه بغير رضاء المولى.

ولو قتل عبد العبد المأذون رجلا خطأ وقيمته ألف ففداه بعشرة آلاف جاز عند

أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز إلا الدفع وهذا بناء على أن المولى بالفداء صار مشتريا العبد وهذا يجوز عنده وعندهما لا يجوز؛ لأن كسب المأذون لا يملكه المولى قبل القبض عنده وعندهما يملكه.

ولو وجد عبد العبد المأذون قتيلا في دار المولى إن لم يكن عليه دين هدر دمه؛ لأنه لو قتل عبد عبده حقيقة هدر دمه فلأن يهدر دمه إذا جعل المولى قاتلا حكما أولى؛ لأن المقتول ملكه لا حق لأحد فيه، وإن كان عليه دين غير مستغرق يضمن قيمته حالًا بالإجماع؛ لأنه يملك رقبته، وإن كان مستغرقا فكذلك عندهما؛ لأنه يملك استهلاكه عندهما بالإعتاق فكذلك يملك استهلاكه بالجناية، وعند أبي حنيفة يضمن قيمته مؤجلا في ثلاث سنين في ماله؛ لأنه لا يملك استهلاكه بالإعتاق حتى يجعل مستهلكا بالإعتاق فيبقى مستهلكا بالجناية حقيقة وحكما وضمان الجناية يجب مؤجلا كما لو قتل عبد مكاتبه، فإنه يضمن قيمته مؤجلا؛ لأنه تعذر أن يجعل مستهلكا بالإعتاق فاعتبر مستهلكا بالجناية والله أعلم.

(باب الغرور)

(المبسوط): رجل دخل بعبد إلى السوق وقال: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة ثم وجد حرًّا أو مستحقًّا وقد لحقه دين لم يكن غارا، ولو قال لهم: بايعوه ضمن لهم الأقل من قيمته ومن الدين، والفرق بينهما أن الأمر بالمبايعة مع عبد مضاف إليه يوجب على المولى البيع بالدين أو الفداء بقيمته؛ لأن المبايعة لا تنفك عن وجوب الدين ومن ضرورة وجوب الدين بالمبايعة الصادرة بإذن المولى وجوب البيع أو الفداء على المولى، فإذا أمره بما يوجب عليه البيع أو الفداء لا محالة فقد أطمعهم في ذلك فصار ضامنا سلامة الرقبة لهم فصاروا مغرورين من جهته فلهم الرجوع متى ظهر خلاف ذلك فأما الإذن بالتجارة ينفك عن وجوب البيع بالدين أو الفداء عنه؛ لأن الإذن فك الحجر فلا ينفك عن انفكاك الحجر والإذن ليس بسبب لوجوب الدين، وإنما المبايعة سبب لوجوبه وربما لا يبايع الناس فلا يلزمه دين فينفك عن وجوب البيع بالدين فبمجرد الإذن لم يصر ضامنا لهم البيع بالدين.

ولو قال: هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجارة أو لم يقل له أذنت له في التجارة وهو غار لمن حضر من أهل السوق ولمن لم يحضر؛ لأن الأمر بالمبايعة إذن له في التجارة اقتضاء والثابت اقتضاء كالثابت نصًا فصار المولى ضامنا لهم البيع بالدين أو الفداء عنه؛ لأن الإذن بالمبايعة قد انتشر واشتهر فيما بين أهل السوق فقام انتشار الأمر والشيوع فيما بين الناس مقام البلوغ إلى كل واحد منهم؛ لأن التبليغ إلى كل واحد من آحاد الناس متعذر كالحجر إذا انتشر وأشاع ثبت في حق من سمع ومن لم يسمع فكذا هذا، وكذلك لو كان مدبرا، ولو بعلمهم؛ لأنه لا يمكن بيع المدبر والمكاتب بالدين فقد أطمعهم في بيعه متى لحقه دين وقد ظهر الأمر بخلاف ذلك فصاروا مغرورين من جهته.

ولو كان قنًّا وأمرهم بالمبايعة ثم دبره قبل لحوق الدين لم يضمن المولى؛ لأنه لم يتحقق الغرور متى كان العبد قنًّا وقت الأمر بالمبايعة؛ لأن الغرور إنما يتحقق إذا ظهر الحال بخلاف المقال أو لم يظهر الحال بخلاف المقال؛ لأنه لما أمرهم بالمبايعة مع عبده فقد أخبر أن هذا العبد قنٌّ يجوز بيعه بالدين وإنه كذلك وقت المبايعة، وإذا لم يتحقق الغرور لم يضمن بالغرور ولا بالإتلاف؛ لأنه لم يتلف عليهم حق البيع؛ لأنه استهلكه قبل لحوق الدين وقبل تعلق حقهم برقبة العبد فلم يصر متلفا حقهم حتى لو دبره بعد لحوق الدين ضمن.

ولو قال: هذا مدبري وقد أذنت له في التجارة فلحقه دين ثم استحقه رجل وقال هذا مدبر لي لم يضمن الذي غرهم شيئًا؛ لأنه لم يغرهم، فإنه لم يظهر الحال بخلاف المقال؛ لأنه لما قال هذا مدبري فبايعوه لم يطمعهم في استيفاء الدين من رقبته بالبيع؛ لأن المدبر لا يباع ولا من كسبه؛ لأن الكسب كان معدوما وقت الإطماع الذي هو سبب الضمان والإطماع والغرور إنما حصل بالأمر بالمبايعة معه والمكتسب كان معدوما وقت الأمر بالمبايعة الذي هو سبب الضمان والزوائد الحادثة بعد سبب الضمان لا يحدث مضمونة كما في زوائد المغصوب، فإن قيل المدبر ضمن الذي غرهم قيمته؛ لأنه أطمعهم أن ديونهم تستوفى من بدل رقبته متى قيل إن لم يطمعهم في استيفاء ديونهم من ثمن رقبته بالبيع ولما استحق وقبل المدبر في يد المستحق لم يحصل لهم ما أطمعهم فصار غارًا.

ولو قال: بايعوه من البر ضمن ما بايعوه في كل نوع؛ لأن الإذن في نوع إذن في الأنواع كلها فصار كأنه قال هذا عبدي أذنت له في التجارة فبايعوه.

ولو قال: أذنت له في التجارة ثم قال لأقوام بأعيانهم بايعوه فبايعوه وغيرهم فوجدوه حرا أو مستحقا ضمن لمن أمره خاصة قدر حصتهم؛ لأن التخصيص من الأمر بالمبايعة معتبر في حق الأشخاص؛ لأنه مقيد؛ لأن الناس يتفاوتون في المبايعات فصح الأمر بالمبايعة لمن خصه ولم يصح في حق غيرهم؛ لأنه ما أظهر الإذن عند ملإ من الناس حتى ينتشر ويشتهر فيصير كأنه أخبر الناس كلهم فتعلق الإخبار بمن أخبره والتخصيص في حق الإذن غير مقيد فلغي التخصيص فصار عاما وبالإذن المجرد لا يصير غارًا ضامنا.

ولو قال لأهل السوق: بايعوه ثم نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه؛ لأن التخصيص في حق الحجر عن المبايعة صحيح، فإن قال: بايعوه أبدًا ولم يقل إنه عبدي لم يكن غارًا ولم يضمن لأحد شيئًا؛ لأنه لم يضمن لهم سلامة العبد والبيع بالدين؛ لأنه أمرهم بالمبايعة مع عبد مطلق غير مضاف إليه وليس من ضرورة الأمر بالمبايعة مع عبد مطلق وجوب البيع بالدين عليه.

ولو كان الذي أمر بهذا كله عبدًا أو صبيًا أو مكاتبًا ومن لا تجوز كفالته لا يضمن شيئًا إلا أن العبد والمكاتب إذا أعتقا يؤاخذان بالأقل من دينهم ومن قيمته من بايعوه؛ لأن الصبي والمحجور لا يؤاخذان بضمان الأقوال لا في الحال ولا في المآل وهما يؤاخذان بضمان الأقوال بعد العتاق.

وكذلك لو جاء صبي وقال: هذا ابني وقد أذنت له في التجارة فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار؛ لأنه أطمعهم أن ديونهم تجب في ذمة الصبي وتستوفى من ماله بسبب إذنه وقد ظهر الأمر بخلافه، فإنه ظهر أن الصبي ابن الغير ولم يصح إذنه فصاروا مغرورين من جهته فكان لهم الرجوع على الإذن كما في عبده.

ولو جاء بأمة فقال: هذه أمي فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها ولا ما اكتسب ويغرم القيمة في ذلك كله يوم الاستحقاق لا يوم الغرور؛ لأن الولد بعض من أبعاض الجارية فيكون ملكا لمن

كان له الملك في الجارية فضمانه سلامة الجارية لهم بحكم الملك يكون ضمانا بسلامة أولادها فأما الكسب ليس من جملة الجارية وقد يكون مملوكا له وقد لا يكون مملوكا له فلا يكون ضمانه بسلامة الجارية ضمانا بسلامة كسبها وتعتبر قيمة الجارية يوم الاستحقاق؛ لأن السلامة تكون بالاستحقاق.

(المنتقى): رجل وطئ جارية عبده المأذون المديون فجاءت بولد، فإنه يأخذها وعليه قيمتها؛ لأن للمولى فيها حق الملك وذلك يكفي لصحة الاستيلاد فيملكها بالقيمة حكما لصحة الاستيلاد مقتضاه سابقا عليه كالأب إذا استولد جارية ابنه، فإن استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة ولدها ولا يرجع المولى بالغرور؛ لأنه ليس بشراء ولكنه يرجع بقيمتها على عبده إذا عرفت نفسها، وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه فولدت له ثم استحقت لأن بالاستحقاق تبين أنه لا حق للابن والعبد في أخذ القيمة.

ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه ثم استحقت رجع العبد على البائع بالثمن وبقيمة الولد.

(فصل)

وإذا شهد لمسلم مسلمان على عبد كافر تاجر بألف دين ولمسلم كافران بألف بيع العبد وبدئ بدين الذي يشهد له المسلمان، فإن بقي شيء كان للآخر؛ لأن الخصم هو المأذون في حق إثبات المال عليه دون المولى؛ لأن هذا من ضمان التجارة والخصم في ضمان التجارة وهو المأذون؛ لأن المأذون انتصب خصما من جهة المولى في حق الإقرار حتى صح إقراره بضمان التجارة فينتصب خصما من جهته أيضًا في حق سماع البينة كالحر فيراعى حال العبد في الكفر والإسلام وهنا قامت بينة كافر على كافر فتقبل ويباع العبد بالدين ويبدأ بدين المسلم؛ لأن دين الثاني ثبت بحجة قاصرة كافرة لأنها حجة في حق الأول ولم يوجد منه الرضا بمشاركة الثاني معه فلا يشاركه فيه حتى لو كان الدين الأول لكافر فإنهما يتحاصان؛ لأن دين الثاني ثبت بما هو حجة متكاملة في حق الأول.

ولو صدق العبد الذي شهد له كافران اشتركا جميعًا؛ لأن دين المقر له ثبت بما هو حجة في حق المسلم، فإن إقرار المأذون الكافر صحيح في حق المسلم؛ لأن المأذون لا يصير محجورا عن الإقرار بوجوب الدين عليه، فإن كان فيه إبطال حق مسلم يقول كافر لنوع ضرورة داعية ولضرب حاجة ماسة؛ لأنه متى لم يصح إقرار المأذون المديون لكافر لا يتجر معه الكفار فيصير محجورا عن التجارة مع بعض الناس وهذا لا يجوز كما في الابتداء؛ لأن الإذن لا يقبل التخصيص في حق التصرف ولا ضرورة في الشهادة؛ لأنه متى أراد الانتهاء في حقه لاستيثاقه يمكنه أن يشهد بينة مسلمة فلم تصر بينة كافرة حجة في المسلم بإبطال حقه.

ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا؛ لأن بينة كل واحد منهما استويا في كونهما حجة لأنها حجة في حق العبد وفي حق صاحبه ولما استويا في الثبوت اشتركا في القسمة.

ولو كان أرباب الديون ثلاثة: مسلمان وكافر، فشهد للكافر مسلمان ولأحد المسلمين كافران وللآخران مسلمان فبيع العبد بدئ بدين المسلم الذي يشهد له مسلمان والكافر الذي يشهد له مسلمان ويقتسمان نصفين لاستواء حجتهما وهي البينة المسلمة فإنها كاملة في حق الكل وبينة المسلم الآخر حجة حاضرة على العبد وليست بحجة في حق المسلم ثم يدخل المسلم الذي شهد له كافران مع الكافر فما أخذه فيناصفه؛ لأن دينه ثبت بما هو حجة في حق الكافر فيشاركه فيما أخذه.

ولو كان المولى مسلمًا والعبد كافرًا محجورًا عليه، فشهد عليه كافران لمسلم أنه غصب ألف درهم، وشهد مسلمان لكافر أنه غصبه ألف درهم، قضى للكافر بألف درهم ثم يشاركه المسلم فيها ويفيه دين المسلم على العبد يأخذ منه بعد العتاق؛ لأن العبد إذا كان محجورا فالمولى خصم مع العبد لما بينا، ولأن العبد المحجور لو أقر باستهلاك المال لا يصح إقراره في حق المولى؛ لأنه متى صح يتعلق بماله فلا ينتصب خصما في حق سماع البينة والبينة الكافرة باطلة على المسلم فبقي في حق المولى مجرد الدعوى من غير بينة وفي حق العبد البينة

الكافرة حجة معتبرة؛ لأن العبد المحجور خصم في حق إثبات الدين عليه فيقضي القاضي بها في حق العبد فيثبت دين المسلم في حقه فيشاركه فيما أخذه، وإنما لا يثبت دينه في حق مولاه المسلم.

عبد كافر مأذون والمولى مسلم فأقام عليه مسلم أو كافر شاهدين كافرين بدين ألف فبيع وقضى من ذلك دينه ثم أقام مسلم شاهدين مسلمين بدين ألف درهم كانت له ويسترد من المقضي له فيدفع إلى هذا المسلم؛ لأن البينتين لو اقترنتا وقامتا معا يقضي لغريم الذمي ببينة مسلمة لأنها حجة مطلقة في حق العبد وفي حق صاحبه وبينة صاحبه ليست بحجة في حقه فكذا إذا تأخرت البينة المسلمة؛ لأن البينة مظهرة موضحة فيظهر أن الدين الثاني كان عليه فكان هو أولى بثمن العبد كالجارح أقام بينة على دابة في يد إنسان وقضى له ثم أقام ذو اليد البينة أن الدابة دابته نتجت في ملكه يقضي بها لذي اليد فكذا هذا، وإن كان الثاني كافرًا يشارك المقضي له الأول؛ لأن بينة كل واحد منهما حجة في حق صاحبه فاستويا في الحجة فاشتركا في الحصة.

ولو شهد لمسلم حربيان بدين ألف درهم على عبد تاجر حربي لحربي دخل دارنا بأمان وشهد لذمي ذميان بدين ألف وشهد لحربي مسلمان بدين ألف فبيع بألف يكون بين الحربي والذمي نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي.

وقال عيسى بن أبان: يجب أن يكون الثمن بينهم أثلاثا لاستوائهم في الحجة. والجواب عنه: أنه لا استواء في الحجة؛ لأن البينة الحربية ليست بحجة في حق المسلم والذمي أصلا؛ لأن الحربي ليس منا دينا ولا دارا فصار كأن المسلم لم يقم البينة في حق الذمي والحربي وبينة الذمي حجة في حق المسلم من وجه غير حجة من الذمي منا دارا إن لم يكن منا دينا فكانت هذه البينة حجة باعتبار في حق المسلم باطلة باعتبار الذمي فلا بد في تقديم الذمي على المسلم في الاستحقاق لزيادة قوة ورجحان في بينته ثم المسلم مع الحربي استويا في الحجة؛ لأن بينة الحربية حجة في حق الحربي والبينة المسلمة حجة في حق المسلم.

شهود الذمي حربيان وشهود المسلم ذميان وشهود الحربي مسلمان وكان

الثمن للحربي والمسلم ثم يشارك الذمي الحربي فيناصفه؛ لأن شهادة المسلم الذمي حجة في حق الحربي وشهادة الحربي المسلم حجة في حق المسلم فقد استويا في الحجة والثبوت فيقضى بينهما نصفان ويؤجر الذمي؛ لأن بينته حربية وهي ليست بحجة في حق المسلم وحجة في حق الحربي فيدخل في نصيب الحربي فيكون بينهما لقيام الحجة في حقه ولا يدخل في نصيب المسلم لفقد الحجة في حقه.

ولو شهد المسلمان للذمي والذميان للحربي والحربيان للمسلم كان بين الذمي والحربي نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي. طعن عيسى وقال: يأخذ جميعه؛ لأن بينته حجة في حق الحربي وبينة الحربي ليست بحجة في حق المسلم. والجواب عنه: أن القياس هكذا إلا أنا تركنا القياس لنوع ضرورة وذلك؛ لأن المسلم لو أخذ جميع ما في يد الحربي كان للحربي أن يرجع على الذمي بنصف ما في يده لأنهما استويا في الحجة والثبوت، فإذا أخذ منه ثانيا أخذ منه المسلم مرة أخرى ثم يرجع الحربي على الذمي ثالثا ورابعا إلى أن لا يبقى شيء في يد الذمي فيؤدي إلى أن يصير الكل للمسلم ويصير الذمي محروما وهذا محال؛ لأن البينة المسلمة للذمي حجة في حق الكافة والبينة الحربية ليست بحجة في حقه.

(باب أسر العبد المأذون)

(المبسوط): أسر العدو العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها بقيمته لما مر في السير، فإن كان جنى جناية وكان عليه دين لزمتاه؛ لأن العبد تعلق به الحق للغير بيعا واستيفاء وهذا الحق لا يبطل بالأسر وإن ملكه الكفار ملكا جديدا إذا لم يوجد الرضا من صاحب الحق بإبطاله كما لو دفع العبد المديون بالجناية أو أسلم الحربي الذي أسره، وكذلك لو اشتراه رجل وأخذه مولاه بالثمن عادت الجناية والدين لما بينا.

ولو لم يأخذه مولاه عاد الدين دون الجناية؛ لأن العبد زال عن ملكه بغير صنعه فكأنه هلك، وإذا هلك تبطل الجناية فكذا هذا، فأما الدين لا يبطل بزوال العبد عن ملكه كما لو باع أو وهب برضاء الغرماء بتأخر المطالبة لوجود الرضاء بتأخير حقهم

ولا يبطل دينهم وهنا لم يوجد الرضا من الغرماء بتأخير حقهم فلم يبطل عن رقبته بزواله عن ملك المولى لا وجوبا ولا استيفاء كما لو دفع العبد بالجناية، وإذا بيع العبد بالدين هل يعوض الذي وقع العبد في سهمه من مال بيت المال قيل يعوض؛ لأن العبد استحق من يد الغانم بسبب كان قبل الأسر فيكون بمنزلة ما لو كان العبد مدبرا أو مكاتبا بعوض من بيت المال فكذا هذا وقيل لا يعوض؛ لأن الغانم أو المشتري ملك العبد حتى لو أعتقه نفذ عتقه إلا أنه ملكه مشغولا بدينه، فإذا زال ملكه بهذا الشغل لا يكون له الرجوع على أحد كما لو دفع العبد المديون بالجناية ثم بيع بالدين لم يرجع ولي الجناية على المولى؛ لأنه ملكه مشغولا بخلاف المدبر والمكاتب؛ لأنه لم يملكه أصلا وقد ملك سائر الغانمين ما وقع في سهامهم وقد تعذر له الرجوع عليهم لكثرتهم بعوض من مال بيت المال ولو أسلم المشركون كان العبد لهم ويطلب الجناية دون الدين؛ لأنه زال العبد عن ملك من وجدت الجناية في ملكه وفي ملك الثاني لم توجد الجناية فيبطل، وزوال العبد عن ملك الإذن لا يبطل حق الغرماء لما بينا، وكذلك لو أدخل الكافر العبد دارنا بأمان عاد الدين ولا سبيل لمولاه القديم عليه لما بينا.

ولو اشترى منه مولاه لم تعد الجناية وعاد الدين؛ لأن الجناية تبطل بزوال العبد عن ملكه والدين لا يبطل.

ولو ارتدت مسلمة ولحقت بدار الحرب وعليها دين وجناية وحد وقصاص فما دون النفس يبطل كله ولا يبطل القصاص في النفس؛ لأن ما سوى القصاص تعذر إبقاؤه. أما الدين فلا وجه إن بقي متعلقا بماليته الحادثة بالرق؛ لأن السبي ورد على أجزاء المسبية وأجزاءها كانت صافية خالية عن الدين فملكها السابي صافية عن الشغل إذ السبي يوجب خلوص الرقبة للثاني من حيث إنه مال فلم يجز أن يتعلق الدين بماليتها الحادثة للثاني فهنا يسقط الدين ضرورة.

وأما الحد يسقط بالتقادم وقد وجد التقادم.

وأما القصاص فيما دون النفس فلأن حدوث الرق يمنع وجوب القصاص فيما دون النفس فيمنع الاستيفاء أيضًا؛ لأن القصاص فيما دون النفس لا يجري بين

الأحرار والعبيد ولا بين العبيد بخلاف القصاص في النفس؛ لأن حدوث الرق لا يمنع وجوب القصاص في النفس فلا يمنع الاستيفاء بطريق الأولى.

وكذلك ذمي نقض العهد ولحق ثم سبي؛ لأنه صار كحربي لم يزل فيسترق، وإذا استرق يبطل ما سوى القصاص في النفس، وإذا أدان حربي في دار الإسلام واستدان ثم سبي يبطل ما عليه وما له؛ لأن حدوث الرق يوجب سقوط الدين وزوال أملاكه.

ولو لم يسب ولكنه أسلم أو صار ذميا لزمه ما عليه ولم يبطل ما له؛ لأن بالإسلام والذمة التزم أحكام الإسلام في المستقبل والماضي، [والله عز وجل أعلم بالصواب](١).

(١) ما بين المعكوفتين في (س): والله أعلم.

كتاب الحجر

(باب القضاء بالحجر)

(المبسوط): قال أبو حنيفة رحمه الله: الحجر على الحر المبذر باطل وقالوا جميعًا: جائز حتى لا ينفذ منه التصرفات في ماله كالبيع والهبة والإجازة والإقرار بالمال ونحوها عندهم خلافًا له[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحجر على الحر بإفلاسه ولا يجوز بيع ماله وعندهم يجوز وصورته وهو أن الرجل إذا ركبته ديون وقد استغرقت جميع ما في يده وطلب غرماؤه من القاضي أن يحجر عليه حتى لا يهبه ولا يتصدق به ولا يقر لغيره فعنده لا يحجر عليه خلافًا لهم حجتهم ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله لغرمائه[2]، ولأن تصرفه لا يشتمل على توفير النظر والمصلحة لما فيه من إضاعة ماله الذي ينتظم شمله وتلتئم به مصلحته الدينية والدنيوية وربما يلحق بغيره ضررًا، فإنه متى أتلف ماله في شهواته ونهماته صار كلا وعالا على أقربائه فوجب دفع الضرر وتوفير النظر وهو له وذلك توقيف عقوده من المعاملات على إجازة المولى حفظا لماله عن الضياع وصونا لحاله عن التبذير المذموم شرعًا وعقلًا.

له: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقد

---

(١) انظر: تبيين الحقائق: ٥/١٩٩، الدر المختار: ٥/١٠٣، الكتاب مع اللباب: ٢/٧٣، تكملة الفتح: ٧/٣٢٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/١٤٧ - ١٤٩، المهذب: ١/٣٢٠، المغني: ٤/٤٠٩، ٤٧١، كشاف القناع: ٣/٤٠٧ - ٤١١.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٠)، البيهقي (٦/٤٨)، الحاكم (٢/٦٧، ٤/١١٣)، والطبراني في "الأوسط" (٦/١٠٥).

جوز المداينة مع السفيه كما جوز مع الرشيد فهذا يدل على أن السفه لا يوجب الحجر وقوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ﴾ الآية، كناية عن الضعيف لا عن السفيه؛ لأنه أقرب المكني إليه والضعيف هو الصغير وللصغير ولي وحديث معاذ حكاية حال لا عموم له، ويحمل أن ماله كان عروضا فحجر عليه ماله وقسم بين غرمائه وهذا جائز بالإجماع، ولأن في الحجر على الحر المكلف إبطال أهليته وإهدار خاصية إنسانيته وهي صحة عبارته ونفاذ نطقه؛ لأن الآدمي إنما يمتاز عن البهائم بصحة عبارته ونفاذ نطقه، فمتى حجرناه عن التصرفات ألحقناه بالبهائم والمجانين وفي ذلك إلحاق الضرر به والضرر مدفوع شرعا وضرر إبطال أهليته وإهدار ولايته متيقن وصيانة المال موهومة مع ما إن تلك الصيانة تحصل بمنع المال عنه مع إبقاء الأهلية والولاية والقضاء بالحجر ليس بقضاء بل هراء، فيؤدي لفقد شرائط القضاء وهي الدعوة والإنكار حتى لو وجد الدعوى والإنكار بأن يهب السفيه من إنسان مالا وسلم إليه وصار فقيرا يحنث تجب نفقته على محارمه ثم إنهم يرفعون الأمر إلى القاضي وأخبروه بأنه يفني أمواله سفها وطلبوا منه الحجر فالقاضي يحضر السفيه والموهوب له فادعى عليه وحنث عليه نفقة السفيه أن ماله في يد هذا الرجل فأمره بالرد عليه فقضى القاضي بالرد عليه ينفذ قضاؤه ثم عند أبي حنيفة جميع تصرفاته منذ بلغ نافذة.

وقال أبو يوسف: تبلغ مطلقًا ما لم يحجر عليه القاضي.

وقال محمد: يبلغ محجورًا عليه غير أن بيعه وشراءه وإجارته ونحوها صحيحة منه وحاله فيها كحال مريض عليه دين مستغرق لماله، وكذلك إذا أصلح السفيه لا يزول الحجر عنه إلا بالقضاء عند أبي يوسف، وعند محمد يزول من غير قضاء.

لمحمد: أن سبب الحجر وهو إفساد المال وتبذيره ثابت بلا احتمال؛ لأنه ثابت معاينة فيثبت الحجر من غير قضاء.

لأبي يوسف: أن سبب الحجر وهو إفساد المال وتبذيره إن كان ثابتا فيما مضى بلا احتمال إلا أنه للحال ثابت مع الاحتمال والتردد بجواز أنه صار مصلحا مرشدا ويجوز أنه بقي مبذرا مسرفا والظاهر هو الزوال؛ لأن عقله يمنع من التبذير

والإسراف فاحتيج إلى القضاء لترجيح الفساد على الصلاح كما في حجر الإفلاس ثم بنفس الإفلاس هل يصير محجورا عليه؟

عن محمد روايتان: في رواية يصير محجورا كما في السفيه، وفي رواية لا يصير محجورا عليه إلا بالقضاء وهو قول أبي يوسف؛ لأن الإفلاس مما لا يوقف على حقيقته؛ لأن الإنسان قد يرى نفسه مفلسا ولا يكون لجواز أن يكون له مال اكتسبه فاحتيج إلى القضاء حتى يترجح أحد الاحتمالين على الآخر كالشهادة، وأبو حنيفة كان لا يرى الحجر إلا على ثلاثة على المفتي الجاهل وعلى الطبيب الأخرق وعلى المُكاري[1] المفلس، ويكون هذا حجرا باللسان دفعًا للضرر عن الناس؛ لأن المفتي الجاهل يفسد الدين على الناس والطبيب الجاهل يفسد النفوس والمكاري المفلس يفسد الأموال، فإنه متى مات حمولته في المفازة ولا يمكنه شراء أخرى ولا استئجارها يؤدي إلى إيواء أموال الناس.

وإذا بلغ الصبي مُبذرًا فيصرف فيما يدخل تحت الحجر أبطله القاضي إلا ما يرى فيه خيرًا كأن كان فيه ربح أو بمثل قيمته وثمنه قائم عند محمد؛ لأن الصبي المحجور لو باع بمثل ذلك فالقاضي يخبره إن كان الثمن قائمًا فكذا هذا، وعند أبي يوسف يجوز كله ما لم يحجر عليه القاضي، وإن كان الثمن ضائعا لا يجيز الحاكم بيعه عند محمد رحمه الله؛ لأنه لا نظر له في تجويز بيعه والثمن هالك في يده بل فيه مضرة عليه؛ لأنه لو لم يجز كان لا يضمن ما هلك من الثمن؛ لأنه قبض بإذن المشتري ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن وإن قبضه بمعاينة الشهود واستهلكه لا يلزم المحجور شيء، وعند أبي يوسف يضمن الثمن كما في الصبي المحجور يؤاخذ بضمان الأفعال ولا يؤاخذ بضمان الأقوال.

ولو أنفق الثمن على نفسه أو أدى ركونه أو حجة الإسلام لا يبطله ويقضيه القاضي من ماله إن رد معه، ألا ترى أنه لو استقرض وأنفق على نفسه نفقة مثله أو دفع مهر مثل امرأته لم يبطل القاضي ذلك إلا أن يكون فيه فضل فيبطل الفضل؛ لأن

---

(١) المُكارِي: مُكْرِي الدَّوابّ. ويغلب على الحمَّار والبغَّال. والجمع: مُكارُونَ.

السفيه محجور عن تصرف فيه إفساد ماله غير محجور عن تصرف فيه إصلاح ماله وهنا لا فساد في البيع ولا في قبض الثمن، فإن صرفه فيما فيه مصلحة فلم يثبت الحجر فيه؛ لأن عند محمد يزول الحجر بالصلاح من غير قضاء كما يثبت الحجر بنفس السفه وعند أبي يوسف يكون موقوفا على إجازة القاضي؛ لأن عنده الحجر لا يثبت ولا يزول إلا بالقضاء.

ولو قضى القاضي في بيع سفيه بإبطال أو إجازة ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يرى ما يرى الأول ينبغي أن يخبر القضاء الأول، فإن أبطله ورفع إلى ثالث أبطل قضاء الثاني؛ لأن الأول قضاء فيما هو مختلف فيه خلافًا يسوغ فيه الاجتهاد فنفذ قضاؤه بالإجماع ويصير متفقا عليه فالثاني قضاء بخلاف الإجماع فلا ينفذ.

ولو كان الأول قضى بالحجر عليه ثم رجع إلى آخر فقضى بإطلاقه جاز قضاء الثاني؛ لأن قضاء الأول بالحجر كان فتوى لا قضاء؛ لأن القضاء لا بد له من المقضي له والمقضي عليه ولم يوجد ذلك حالة الحجر لما بينا والمجرد الفتوى لا يصير المختلف فيه متفقا عليه فكان للثاني أن يقضي بخلافه.

(فصل)

فإن بلغ الغلام مضيعا لماله منع عنه المال وصيه وإلا فالقاضي إلى أن يبلغ خمسًا وعشرين سنة ثم يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد وقالوا جميعًا: لا يسلمه إليه ما لم ير منه الرشد لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] علق دفع المال إلى الصبي بعد البلوغ بشرط إيناس الرشد فما لم يؤنس منه الرشد لا يجب دفع المال؛ لأن المعلق بشرط لا يوجد قبل وجود الشرط ولأنه مفسد ومبذر لماله فيمنع عنه ماله نظرا له ليبقى ماله محفوظا مصانا عن الضياع والفوات.

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] قيل: هو عشرة، وقيل: هو اثنتان وعشرون سنة، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: خمس وعشرون سنة وقيل: أربعون سنة فخمسة وعشرون

أوسط الأعداد والمقادير فيجب الأخذ به لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَطُهَا**"، ولأن الأخذ بقول عمر أحوط وأوثق وأحق لقوله عليه السلام: "**إن الحق لينطق على لسان عمر**"[١] فالله تعالى نهى عن قربان مال اليتيم قبل الأشد وهو خمس وعشرون سنة وأمر بالدفع إليه بعد ذلك ولم يفصل بين رشيد فعندنا دليل من ثم بالنص وقدرنا مدة المنع بما ذكرنا توقيفا بينهما وعملا بينهما والعمل بهما أولى من تعطيل أحدهما.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية، فقد شرط رشدا واحدًا لدفع المال؛ لأنه يكره في الإثبات والنكرة في الإتيان يخص فيتناول رشدا واحدا والرشد في المال مراد بالإجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]؛ لأن الله نهانا عن إيتاء أموالنا إلى السفهاء لا عن إيتاء أموال السفهاء أموالكم إليهم وهكذا فسره ابن عباس رضي الله عنهما وقال: معنى الآية أن يقسم الرجل ماله بين أولاده وعياله فيصير كلا وعالا عليهم والإنسان منهي عن مثل هذا.

وقال الشعبي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم: إنهم قالوا ثلاث يدعون الله تعالى فلا يستجاب لهم رجل له امرأة سيئة الخلق فلا يطلقها، ورجل أعطى مالا سفيها وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ الآية، ورجل داين رجلا ولم يشهد على ذلك، ولو دفع الوصي إلى الغلام ماله بعد أن بلغ مفسدا ضمن، وكذلك لو

---

(١) أخرجه أحمد ٢/٥٣ (٥١٤٥) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا نافع بن أبي نعيم. وفي ٢/٩٥ (٥٦٩٧) قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله الأنصاري. و«عبد بن حميد» (٧٥٨) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا نافع بن عبد الرحمن بن أبي نعيم. و«الترمذي» (٣٦٨٢) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله. و«ابن حبان» (٦٨٩٥) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا سوار بن عبد الله العنبري، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله الأنصاري.

كلاهما: (نافع بن أبي نعيم، وخارجة بن عبد الله) عن نافع، فذكره.

أودعه إياه إيداعا؛ لأن دفع المال إلى المفسد تضييع للمال واستهلاك له، ولو دفع المال إلى من يحفظ المال ومصلحة ولا يفسده لا يكون تضييعًا واستهلاكًا.

(باب التصرفات التي لا يصح الحجر عنها)

(المبسوط): وكل تصرف يصح مع الهزل والكره كالطلاق والعتاق والنكاح ودعوة النسب ويتصل بنفسه كالإقرار بالحدود والقصاص لا يصح الحجر عنه حتى يصح ذلك منه؛ لأن السفيه لا يتحقق في هذه التصرفات؛ لأن السفيه صرف المال إلى شهواته ولذاته؛ لأن إتلاف المال لعرض وشهوة ولذه؛ لأن هذا يعد جنونا وصاحبه محجورا عليه إجماعًا وليس في هذه التصرفات تحصيل اللذة والشهوة فلا يتحقق فيها السفه.

ثم المسائل على أربعة أوجه:

أحدها: في النكاح والعتاق.

والثاني: في الطلاق.

والثالث: في الدعوة.

والرابع: في الإقرار بالحدود.

أما الأول: لو تزوج امرأة جاز نكاحه بمقدار مهر المثل؛ لأن الزيادة على مهر المثل بمنزلة التبرع، وإذا تزوجت مفسدة كفؤًا بأقل من مهر مثلها يخير الزوج إما أن يتم صداق مثلها أو يفرق بينهما؛ لأن منافع البضع عند دخولها في ملك الزوج متقومة لها حكم المال فيجب تحميل مهر مثلها نظرا لها ويخيَّر الزوج؛ لأنه تلزمه زيادة مهر على المسمى في العقد ولم يرض به، فإن دخل بها وجب مهر مثلها ولا خيار له؛ لأن التخيير لا يعتد، فإنه يلزمه تمام مهر مثلها فسخ النكاح أو لم يفسخ فلم يخير، وإذا تزوجت بمهر مثلها غير كفؤ فرق القاضي بينهما.

ولو أعتق عبده عتق العبد وينبغي في جميع قيمته وفي رواية أخرى عنه وهو قول أبي يوسف لا يسعى؛ لأن السفيه مطلق وليس محجورا عليه في هذه التصرفات فكان تصرفه مصادقًا خالص حقه فوجد المطلق وفقد المانع فنفذ مطلقًا كما لو

كان المباشر مصلحا؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دينا إلا بالكتابة. وجه ظاهر الرواية عنه أنه نفذ عتقه لكونه مكلفا مالكا صحيح العبارة والنطق ويجب السعاية لصيانة ماله نظرا له لكونه مستحقا للنظر مستوجبا لدفع الضرر عنه كالمريض المديون دينه مستغرق بماله إذا أعتق عبدا يسعى في قيمته فكذا هذا وتدبيره جائز، وإن مات يسعى في قيمته مدبرا ولا يسعى في نقصان التدبير؛ لأنه عبده ما دام حيا، والسعاية لا تجب للمولى على عبده إلا في الكتابة؛ لأنه لا يستوجب على عبده شيئًا فأما بعد الموت استقام إيجاب السعاية عليه؛ لأن إيجاب السعاية للمولى على معتقه جائز وصار كالمريض إذا دبر عبده وعليه دين محيط بماله ثم مات المريض يسعى العبد في قيمته مدبرا ولا يسعى في نقصان التدبير فكذا هذا. قال مشايخنا هذا إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية سرفا، فإن كانوا لا يعدونه سرفا بل معهودًا حسنًا، فإنه لا يسع المدبر في قيمته إذا كان يخرج من ثلث ماله، فإنه ذكر بعد هذا لو أوصى السفيه بوصية أو ذكاة أو عتق ونحو ذلك فوافق وصيته وصايا أهل الخير ولا يعدون ذلك سرفا وتبذيرا فإنه يجوز استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لا يجوز بيعه وهبته فلا يجوز وصيته لكونها تبرعا وسرفا. وجه الاستحسان: أن فساد بيعه وهبته لصيانة ماله عليهم نظرا له والنظر في أن يجوز وصية لأنها تمليك بعد الموت، فإنه يستغنى عن ماله بعد موته فمتى لم يوص به يزول ملكه إلى ورثته بلا محمدة ولا مثوبة تحصل له ومتى صحت وصيته زال عن ملكه مع إحراز محمدة ونيل مثوبة فكان النظر في تجويزها بعد أن لا يكون فيها سرف ولا تلف حتى لا يعلم إن قصده الصلاح.

والوجه الثاني: لو تزوج نساء في يوم وطلقهن قبل الدخول يجب لكل واحدة نصف المهر؛ لأن الحجر لا يصح في حق النكاح والطلاق لما بينا. امرأة مسرفة مفسدة طلقها الزوج على جعل وقبلت الطلاق وقع رجعيا ولا يلزمها المال أصلا؛ لأن السفيهة محجورة عن التزام المال بإزاء الطلاق لأنها بذلت المال لا بإزاء المال فكان بمنزلة التبرع فصارت كالصبية سواء، وإذا لم يجب المال بالخلع وقع الطلاق بما هو صريح في الطلاق فيكون رجعيا، وإن وقع بلفظه الخلع يقع بائنًا كالصبية إذا اختلعت من زوجها.

ولو كانت أمة فقبلت المال بغير إذن المولى يقع الطلاق بائنًا ويلزمها المال إذا أعتقت لأنها إذا كانت بالغة مصلحة فالحجر بحق المولى لا لفساد عبارتها وتصرفها فصح التزام البدل منها إلا أنه لا يؤاخذ به لحق المولى فكان هذا طلاقا بعوض مؤجل، فإذا زال حق المولى بالعتق يؤاخذ به فأما السفيهة محجورة عن التزام المال لفساد تصرفها حقا لها فلا تؤاخذ بالمال أصلا كالصبية، فإن كانت الأمة مفسدة مع رقها فالطلاق رجعي ولا يلزمها المال أصلا كالحرة لأنها صارت محجورة عن التزام المال لفساد تصرفها لحقها.

والوجه الثالث: إن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه ويعتق بموته بلا سعاية؛ لأن الدعوة أسرع نفاذا وأقرب جوازا من العتق، فإن الدعوة تصح باعتبار شبهة الملك أو تأويله والعتق لا فلما صح عتقه فلأن تصح دعوته أولى ومتى كان العلوق في ملكه فالدعوة دعوة استيلاد والاستيلاد من حوائج السفيه ومصالحه الأصلية كالنفقة وصار كالمريض إذا كان عليه دين مستغرق تصح دعوته وله جاريته والولد حر بلا سعاية وتعتق الجارية بموته بلا سعاية فكذا هذا، وإن لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدي فلا سبيل إلى منعها، فإن ماتت عتقت وسعت في جميع قيمتها؛ لأن هذه الدعوة دعوة تحرير لأنا لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه فصار كأنه قال للجارية أنت حرة بعد موتي فيكون بمنزلة التدبير كما في المرض.

ولو اشترى ابنه المعروف ينعقد فاسدًا ويعتق إذا قبض ويسعى في قيمته للبائع كالمريض ادعى غلاما وهب له في مرضه أن ابنه ومات وعليه دين مستغرق يسعى الغلام في قيمته للغرماء؛ لأن عبارته صحيحة ومالكيته كاملة والأصل في التصرف الصادر عن المالك أن ينعقد على بعث الصحة والنفاذ إلا أنه يسبب عنه وصف الصحة باعتبار كونه محجورًا عليه شرعًا نظرًا له، فإذا اتصل به القبض أفاد الملك، وإذا ملكه عتق عليه ويسعى العبد في قيمته للبائع؛ لأنه كان للبائع فيه حق الاسترداد وقد احتبس هذا الحق عند العبد بالعتق والحق معتبر بالحقيقة في التضمين وقد تعذر تضمين المعتق؛ لأن السفيه المحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال كالصبي سواء لما تبين، وقد احتبس الحق عند العبد فأوجبنا السعاية عليه كأحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وهو معسر.

(باب تصرفات السفيه بعد الحجر)

(المبسوط) مسائله على فصلين:

أحدهما: في العبادات.

والثاني: في المعاملات.

(فصل)

والسفيه في زكاة المال وحجة الإسلام كالمصلح ولكن الحاكم لا يخلي بينه وبين ذلك حتى يعطيه المساكن بجيرة أمينة؛ لأنه لا فساد فيما أوجبه الله تعالى عليه؛ لأنه لا يجب الفساد ولا يأمر به، وإنما الفساد فيما يوجبه على نفسه فكان في الواجبات لله تعالى بمنزلة المصلح إلا أنه ربما لا يصرفه إلى الفقراء بل يصرفه إلى شهواته فيصرفه بحضرة الأمين ليصل الحق إلى مستحقه ولا يمنع من القرآن في الحج وسوق البدنة وإن كانت الشاة مجزئة؛ لأن البدنة وجبت بسبب المتعة والقرآن وهما واجبان بإيجاب الشرع لا بإيجابه؛ لأنه وجب بسبب الجمع بين الحجة والعمرة والحجة والعمرة واجبتان بإيجاب الله تعالى ولا مفسدة في الجمع بين ذلك والزيادة على قدر الشاة إلى تمام البدنة واختلفوا فيه في وجوبها فأوجبناها عليه احتياطا كما أوجبنا العمرة ويدفع النفقة إلى نفسه في الرفقة ينفق عليه؛ لأنه ربما يفسد النفقة ويبذرها فيقول ضاع مني فيطلب أخرى وثم حتى يأتي عليه ماله كما في الزكاة، وإن اصطاد في إحرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم صام ولم يدفع فيه مالا إليه؛ لأنه لو مكن من التكفير بالمال يتوصل به إلى إتلاف ماله بأن يرتكب كل يوم هذا المحظور.

ولو رأى القاضي أن يأمر أمينه إن ابتلى بأذى فحلق أو لبس أن يذبح أو يتصدق فلا بأس بذلك ولكن لا يفعله الأمين بدون أمر المحجور عليه؛ لأنه مضطر في إيجاب ذلك ومدفوع إليه ضرورة دفع الأذى فالتحق بما وجب بإيجاب الله تعالى، وإن تطيب في إحرامه وفعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه إلى أن

يصلح؛ لأن السفيه المحجور عليه عما فيه إفساد ماله بمنزلة العبد المحجور. ثم العبد إذا أحرم بإذن المولى فارتكب شيئًا من محظورات إحرامه، فإن كان سيئًا له بدل بالصوم، فإنه يصوم، وإن لم يكن له بدل، فإنه يتأخر إلى أن يعتق فكذا هذا.

ولو جامع قبل الوقوف بعرفة لم يمنع نفقة المضي في إحرامه ولا نفقة العود من قابل؛ لأنه لا بد من المضي بعد الفساد فيكون المضي واجبا من جهة الشرع والكفارة في ذمته لا تدفع إليه إلا أن يصلح كالعبد إذا جامع؛ لأنه لو أطلق له ذلك جامع كل يوم مرة فيتوصل بذلك إلى إفساد ماله ولكن يتأخر إلى أن يصير مصلحا، ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف يلزمه بدنة ويتأخر إلى ما بعد الصلاح.

ولو قضى حجه إلا طواف الزيارة ثم رجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنعه نفقة الرجوع للطواف ويؤمر الذي يلي الإنفاق عليه أن لا ينفق عليه في الرجوع حتى يحضره حين يطوف؛ لأن طواف الزيارة فرض وجب على السفيه بإيجاب الله تعالى فكان هو بمنزلة المصلح في ذلك لكن لا ينفق عليه حتى يلجئه ذلك إلى الطواف ويحمله عليه، فلا يحتاج إلى أن لا ينفق مرة أخرى.

وإن طاف جُنبًا ثم رجع لم يدفع إليه نفقة ليعود وعليه بدنة لطوافه جُنبًا، وشاة لطواف الصدر، يؤديهما إذا أصلح؛ لأن طواف الجنب معتد به، ويتحلل ولا يعود إلى ملكه لنافي عليه، ولكن يلزمه بدنة وشاة وهذا شيء يلزمه بفعله، فإن الدم إنما لزمه لطوافه جنبًا وما لزمه بفعله يتأخر إلى أن يصير مصلحًا.

فإن أحصر في حجة الإسلام بعث بهدي ليحل به كالعبد المأذون؛ لأن هدي الإحصار لزمه لا باختياره؛ لأنه لا صنع له في الإحصار، ولهذا يلزم المولى الهدي بإحصار عبده إذا أحرم بإذنه فلأن يلزم السفيه أولى.

ولو أحرم بحجة تطوعا دفع إليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزلة لا نفقة السفر ويقال له إن شئت فاخرج ماشيا إلا أن يكون القاضي وسع عليه النفقة ليساره فقال أنا أتكارى بذلك الفضل وأنفق على نفسي من القوت فلا يمنع منه؛ لأنه إسراف ولا تبذير متى أنفق عليه في السفر مثل نفقة الحضر ودفعت النفقة إلى نفسه كما مر، فإن لم يقدر على الخروج وطال إحرامه وأصابه ضرر في نفسه فلا بأس أن ينفق

عليه حتى يخرج ويعود؛ لأنه إذا حلت به ضرورة من إحرامه لا يمكن دفعها إلا بزيادة نفقة من ماله، فإنه يزاد دفعا للأذى والضرورة عنه، ألا ترى لو مرض ازدادت نفقته في مرضه؛ لأنه لا يمكن إصلاح بدنه إلا بهذا فكذا هذا.

ولو أحضر في حجة التطوع لا يبعث الهدي إلى أن يبلغ موضع الضرورة، وإنما ينظر في ذلك إلى ما يصلحه ويصلح ماله؛ لأن ماله إنما يحفظ لإصلاح بدنه، وإذا كان حفظه يؤدي إلى إفساد بدنه فلا منفعة والفائدة في حفظ ماله.

ولو حنث في يمينه يلزمه القاضي أن يكفر بالصوم لكل كفارة ثلاثة أيام متتابعات لأنا لو كفرنا يمينه بالمال يحلف كل يوم ويحنث في يمينه ليتمكن من إفساد ماله فلا يفيد الحجر فصار ممنوعا عن ماله بسبب السفه فيجزئه الصوم كالغائب عن ماله يجزئه الصوم كما صار ممنوعا عن ماله بسبب الغيبة.

ولو أعتق رقبة لا يجوز عنه ويسعى العبد في قيمته وكذلك في الظهار؛ لأنه لم يجب عليه التحرير في التكفير فكان متبرعًا فيه والحجر لا يؤثر في العتق فيعتق وتجب السعاية. قيل: وعلى رواية عدم وجوب السعاية على العبد يجب أن يجزئه عن الكفارة والصحيح هو الأول لما بينا ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم ويوصل ذلك القاضي؛ لأن نفقة المحارم تتأدى من غير نية فينوب القاضي منابه في الأداء بخلاف الزكاة لأنها لا تتأدى من غير نية من عليه ولا يصدقه أنه قريبه إلا ببينة إلا الوالد والولد والزوج والمولى، وكذلك المرأة في سوى الولد؛ لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق بالنسب ونفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة، فإذا أقر بالعسر والحاجة يكون وجوب النفقة مضافا إلى العسر لا إلى القرابة؛ لأن للعسر تأثيرًا في إيجاب النفقة عليه فيصير مقرا بإيجاب المال على نفسه لا بالنسب والقرابة فلا يصدق.

(فصل)

ولو أودعه رجل وديعة فاستهلكها لا يضمن خلافًا لأبي يوسف كما إذا أودع عند صبي أو عبد محجور عليه مالا فاستهلكه لا يضمن خلافًا له ولأنه لو أقر أنه

استهلك ماله بغير إذنه لم يصح إقراره صيانة لماله فكيف إذا أقر أنه استهلكه بإذنه؛ لأن الإيداع من المقر إذن له بالاستهلاك.

ولو باع عبدًا في حال صلاحه ثم فسد قبل قبض العبد لم يجز دفع المشتري الثمن إليه عند محمد، ألا ترى أن من باع وكيله عبدا ثم جن الوكيل لم يبرإ المشتري بدفع الثمن إليه ما لم يصل إلى الأمر بعدما قبض الوكيل إلا أن يأمره وهو مجنون وهو يعلم بذلك أو لا يعلم فيبرأ المشتري بالدفع إلى المأمور؛ لأن عند محمد بنفس الفساد يتحجر كما يتحجر بالعته والجنون فقد دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض؛ لأن جواز البيع مؤقت بحالة الصلاح فكذا القبض يتوقف بحالة الصلاح؛ لأن القبض من حقوق البيع وتوابعه إلا أن يأمره بالبيع وهو سفيه أو مجنون؛ لأن الأمر بالبيع أمر بقبض الثمن فقد رضي ببيعه وقبضه مع علمه بفساده وكذلك إن لم يعلم بفساده؛ لأن أمره بالبيع ولم يعلم بحاله ويجوز أن يكون مفسدًا ويجوز أن يكون مصلحًا ولم يتفحص عن حاله صار راضيًا ببيعه في الحالين كأنه قال الآمر بع واقبض مصلحًا كنت أم مفسدًا بخلاف ما لو كان عالما بكونه مصلحا ولم يأمره بالبيع بوقت البيع والقبض بحالة الصلاح كأنه قال بع واقبض ما دمت مصلحا.

(باب إضافة التصرف إلى حالة الفساد والسفه)

(المبسوط): ولو أقر باستهلاك الوديعة ثم صلح فأقر أنه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف ما لو أقر بقتل على هذا الوجه حيث يلزمه في ماله كما لو شوهد ذلك منه؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة فصدق في الإضافة؛ لأن استهلاك الوديعة لو ثبت معاينة أو بالبينة العادلة لم يضمن عنده فكذا إذا ثبت بالإقرار والقتل لو صدر بالمعاينة وجبت الدية على العاقلة فكذا إذا ثبت الإقرار يجب في ماله بالمعادلة.

ولو أقر لرجل بدين ثم صلح وقال: أقررت به باطلا لم يلزمه، وإن قال: كان حقا يلزمه؛ لأنه متى قال كان حقا فقد وجد منه إقرار مبتدأ منشأ بعد الصلاح فيلزمه

وإن قال: كان باطلا لم يوجد منه إقرار مبتدأ بعد الصلاح فلا يلزمه.

وكذلك الصبي المحجور لو أقر أنه استهلك مال إنسان بغير إذنه في حالة الصبا ثم قال بعد البلوغ كان حقًّا أو قال: كان باطلا لما مر في كتاب الإقرار، ولو قال لرجل بعد الصلاح: أقر صبي في حال فسادي واستهلكها، وقال الآخر: لا بل في صلاحك واستهلكها فالقول لرب المال والضمان واجب وبمثله لو قال: أقرضتك في فسادك واستهلكها بعد الصلاح فالقول للمدعى عليه حتى تقوم البينة أن المال كان في يده بعد الصلاح، والفرق أن في الأول أقر المحجور أن الاستهلاك كان وجد منه إلا أنه ادعى أنه كان بإذنه وتسليطه وأنكر رب المال أنه سلطه على الاستهلاك وأذن له فيه لما قال أقرضتك أودعتك في حالة السفه وقال المحجور: ما سلطتني عليه في حالة الفساد ولا ضمان عليّ ورب المال يقول أنا أمضيت ما سلطتك عليه بعد الصلاح ولي عليك الضمان فيكون القول قول المحجور وعلى رب المال البينة كالوكيل بالبيع إذا قال بعت قبل العزل والموكل قال بعت بعد العزل وأمضيت بعد العزل ولي عليك الضمان فالقول للوكيل وعلى الموكل البينة، والله أعلم.

(باب إجازة القاضي بيع المفسد والإذن [بالتجارة][1])

(المبسوط): ولو أجاز القاضي بيع المفسد ولم ينه عن دفع الثمن إليه برئ المشتري بالدفع إليه، وإن نهاه لم يبرأ ويدفع ثانيًا ولا خيار له في رد المبيع؛ لأنه لا فساد في البيع بل فيه صلاح، فكان النظر له في تجويز معه ونهي المشتري عن دفع الثمن إليه؛ لأن في دفع الثمن إليه فسادًا، فإنه ربما يفسده ويبرئه، فإن نهاه لم يبرأ؛ لأنه دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض ويلزمه مرة أخرى كما لو دفعه إلى أجنبي، وإن لم ينهه فقد دفع إلى من له حق القبض؛ لأن القاضي لما أجاز بيعه فقد أجاز قبضه؛ لأن القبض من توابع البيع وحقوقه لما بينا.

وإن أجاز القاضي بيعه وقال: نهيت المشتري عن الدفع إليه، فدفع قبل العلم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في التجارة.

برئ وبعد العلم لا يبرأ؛ لأنه لما علم إجازة القاضي لبيعه فقد صار مأذونا من جهة القاضي بدفع الثمن إليه؛ لأن في إجازة البيع إجازة القبض فلا يبطل هذا الإذن إذا نهاه عن الدفع إليه ما لم يبلغه النهي كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل لا ينعزل ما لم يعلم به بخلاف ما لو أجاز بشرط أن لا يدفع الثمن إليه؛ لأنه لم يصر مأذونا بالدفع إليه؛ لأنه لما لم يعلم بالنهي لا يعلم بالإجازة؛ لأن الإجازة كانت مقرونة بالنهي لو بلغه الإجازة لكان بلغه النهي، فإذا لم تبلغه الإجازة لم يصر مأذونًا بالدفع إليه.

ولو أذن القاضي للمفسد أن يبيع ويشتري جاز بيعه وقبضه بخلاف الأب إذا أذن له لا يصح إذنه؛ لأنه بعدما بلغ مفسدًا انقطعت عنه ولاية الأب، وإنما تثبت الولاية عليه للقاضي؛ لأنه يجوز أن تثبت الولاية للقاضي على العاقل البالغ متى عجز عن النظر لنفسه، فإنه تثبت له الولاية في مال الغائب ولا تثبت ذلك للأب، فكيف بعذر السفه.

وإذا رأى القاضي النظر في الإذن بالتجارة بأن رجي منه زوال الفساد ومجيء الرشد صح إذنه، فإن باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز؛ لأن المحاباة تبرع إلا أن القليل منه مما لا يمكن الاحتراز عنه فدخل تحت الإذن والكثير منه مما يمكن الاحتراز عنه فلم يدخل تحت الإذن ولا تجوز هبته ولا صدقته؛ لأن الداخل تحت الإذن التجارة دون التبرع لما فيه إفساد ماله، وإن أذن له في تصرف بعينه يكون رفعًا للحجر فيه خاصة ولا يتعدى إلى بقية التصرف؛ لأنه أمره بتجارة ويعد مثل هذا من جملة الاستخدام، ولهذا لو أذن المحجور المصلح على هذا الوجه لا يصير مأذونًا في الأنواع كلها فكذا هذا بل أولى؛ لأن الإذن أقبل للتخصيص في حق المفسد من الإذن في حق المصلح، ألا ترى أن القاضي متى أذن للمفسد في ماله وقال لأهل السوق: أخبر ما يثبت منه بالبينة ولا أخبر ما ثبت بالإقرار بعمل هذا التخصيص في حقه.

ولو أذن للصبي على هذا الوجه يصير مأذونًا في الأنواع كلها، ولو أذن له في البر تعدى إلى سائر التجارات؛ لأن التخصيص إنما يصح إذا كان مقيدًا، وإنما يكون مقيدًا إذا كان يحصل به صيانة المال، وبهذا التخصيص لا يحصل صيانة المال، فإنه يمكنه أن يستهلك ماله في هذا النوع كأن يشتري مالا كثيرًا من هذا النوع.

ولو قال لأهل سوقه: أذنت له في التجارة ولا أخبر في بيعه وشرائه إلا ما قام عليه بينة ولا أخبر إقراره فهو كما لو قال، وفي الصبي والعبد المأذون على هذا الوجه يلزمهما على الإقرار كما بالبينة، والفرق بينهما أن في المفسد التخصيص مقيد ضرورة صيانة المال، فإنه مفسد مبذر لماله وما يكون بالمعاينة أو بالبينة العادلة لا يكون استهلاكًا للمال وبالإقرار يكون استهلاكًا لماله؛ لأنه يمكنه الاستهلاك بالأقارير الكاذبة فكان التخصيص مقيدًا فاعتبر، فأما المصلح حافظ لماله غير مفسد ومسرف له فلم يكن التخصيص مقيدًا، والله أعلم بالصواب وإليه المآب.

تم المجلد الرابع من المحيط

يتلوه كتاب الهبة في المجلد الخامس إن شاء الله تعالى.

بسم الله الرحمن الرحيم

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

كتاب الهبة[1]

نحتاج إلى معرفة: مشروعية الهبة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾﴾ [النساء: ٤] أي: فإن وهبن لكم شيئًا من مالهن عن طيب أنفسهن، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**تَهَادَوْا تَحَابُّوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللهِ إِخْوَانًا مؤتلفين**"[2]، ولأن الهبة بر وإحسان وهذا أمر مندوب وصنيع محمود.

---

(١) الْهِبَةُ فِي اللُّغَةِ: إِعْطَاءُ الشَّيْءِ إِلَى الْغَيْرِ بِلَا عِوَضٍ، سَوَاءٌ كَانَ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ، فَيُقَال: وَهَبَ لَهُ مَالًا وَهْبًا وَهِبَةً، كَمَا يُقَال: وَهَبَ اللَّهُ فُلَانًا وَلَدًا صَالِحًا، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴿٥﴾ يَرِثُنِي﴾. وَيُقَال: وَهَبَهُ مَالًا، وَلَا يُقَال: وَهَبَ مِنْهُ، وَالأَكْثَرُونَ عَلَى: وَهَبَ لَهُ، مُتَعَدِّيَةً بِحَرْفِ الْجَرِّ. وَالاسْمُ مِنَ الْهِبَةِ: الْمَوْهِبُ وَالْمَوْهِبَةُ. وَالاتِّهَابُ: قَبُول الْهِبَةِ. وَالاسْتِيهَابُ: سُؤَال الْهِبَةِ. وَتَوَاهَبَ الْقَوْمُ: وَهَبَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَرَجُلٌ وَهَّابٌ وَوَهَّابَةٌ: أَيْ كَثِيرُ الْهِبَةِ لأَمْوَالِهِ.

وَفِي الاصْطِلَاحِ عَرَّفَهَا بَعْضُ الْفُقَهَاءِ بِأَنَّهَا: تَمْلِيكُ الْمَال بِلَا عِوَضٍ فِي الْحَال.

انظر: تكملة فتح القدير ١١٣/٧، وحاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٠٩/٧، والغاية القصوى ٦٥١/٢، ومغني المحتاج ٣٩٦/٢، والمغني والشرح الكبير ٢٤٦/٦، والخرشي ١٠١/٧، ومنح الجليل ٨٣/٤.

(٢) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) قال: حدثنا عمرو بن خالد. و«أبو يعلى» (٦١٤٨) قال: حدثنا سويد بن سعيد. كلاهما: (عمرو، وسويد) عن ضمام بن إسماعيل، قال: سمعت موسى بن وردان، فذكره.

وأخرجه مالك مرسلا من حديث عطاء بن أبي مسلم عبد الله الخراساني وإسناده معضل. قال ابن المبارك: حديث مالك جيد. وقال ابن عبد البر: هذا يتصل من وجوه شتى، حسان كلها.

=

وأمّا تفسيرها: فهي في اللغة: عبارة عن الإعطاء والصلة لقوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ۝٤٩﴾ [الشورى: ٤٩] وقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَوْلَادكُمْ هِبَةُ الله**"(١).

ولكن في عرف الاستعمال يطلق على تمليك مال بغير عوض.

وأمّا ركنها: فقول الواهب: وهبت؛ لأنه تمليك، وأنه يتم بالمملك وحده، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له حتى لو حلفه أن لا يهب فوهب ولم يقبل الآخر حنث لما مر في الأمان.

وأمّا شرط جوازها: فكون الموهوب مالًا متقومًا حتى لا يصح هبة ما ليس بمتقوم، كأم الولد والخمر ونحوها، والقبض شرط في الهبة والصدقة حتى لا يثبت الملك للموهوب له والمتصدق عليه إلا بالقبض خلافًا لمالك.

وقال الشافعي: تجوز الصدقة إذا أعلمت بقيد الملك قبل القبض.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة(٢)، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن الله تعالى ملكًا ينادي كل يوم: يَا ابْنَ آدَمَ؛ ليس لك مِنْ مَالِكَ إلّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ، وتَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ، ولَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ**"(٣). فقد شرط الإمضاء في الصدقة، والإمضاء إنما يكون

=

(الموطأ للإمام مالك ٩٠٨/٢ ط. مصطفى الحلبي، وجامع الأصول في أحاديث الرسول ٦١٨/٦، ٦١٩).

(١) أخرجه الحاكم (٣١٢/٢، رقم ٣١٢٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٤٨٠/٧، رقم ١٥٥٢٣).

(٢) هذا أثر عن الصحابة، ورد الزيلعي على من قال: إنه حديث بقوله: غريب، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي قال: «لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض» (راجع نصب الراية: ٤ ص١٢١، وراجع المبسوط: ١٢ ص٥٧، تكملة فتح القدير: ٧ ص١١٣ وما بعدها، البدائع: ٦ ص١٢٣، المهذب: ١ ص٤٤٧، مغني المحتاج: ٢ ص٤٠٠).

(٣) أخرجه «مسلم» ٢١١/٨ (٧٥٣٠) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام. وفي (٧٥٣١) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا

=

بالإقباض، وما رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا أعلمت الصدقة جازت[1]، محمول على الصدقة على ابنه الصغير أو على الصدقة الموقوفة، فإنها تجوز بدون القبض عند أبي يوسف لتكون توفيقًا بين أقاويل الصحابة، ولأنه لو ثبت الملك بدون القبض ثبت للمتبرع له حق المطالبة بالتسليم ومتى طالبه يلزم المتبرع التسليم فيصير تبرعه سببًا للزوم ما لم يتبرع به وهذا لا يجوز؛ لأنه يصير الإحسان والإنعام حملا للمنعم عليه على إيتائه المنعم، فيصير كفرانا من المنعم وهذا غير مشروع.

وأمّا حكمها: فوقوع الملك للموهوب له غير لازم وللواهب أن يرجع فيها ما لم يعوض عنها لما نبين إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

(باب الألفاظ التي تقع بها الهبة)

وهي أنواع ثلاثة: نوع تقع به الهبة وضعًا، ونوع تقع به الهبة كناية وعرفًا، ونوع يحتمل الهبة والعارية مستويًا.

أمّا الأول: كقوله: وهبت هذا الشيء، أو ملكتك منك، أو جعلته لك، أو هذا لك، أو أعطيتك، أو نحلتك هذا، فهذا كله هبة؛ لأن هذا عبارة عن التمليك؛ لأن

=

شعبة (ح) وقالا جميعا: حدثنا ابن أبي عدي، عن سعيد (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا معاذ بن هشام، قال: حدثنا أبي. و«الترمذي» (٢٣٤٢ و٣٣٥٤) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي» ٢٣٨/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٠٧) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا شعبة. وفي «الكبرى» (١١٦٣٢) قال: أخبرنا محمد بن عمرو، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٧٠١) قال: أخبرنا عبد الله بن قحطبة، قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وهو غندر، قال: حدثنا شعبة. وفي (٣٣٢٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام الدستوائي.

خمستهم: (هشام الدستوائي، وشعبة بن الحجاج، وسعيد بن أبي عروبة، وأبان بن يزيد، وهمام بن يحيى) عن قتادة، عن مطرف بن عبد الله بن الشخير، فذكره.

(١) انظر: المبسوط ٣٥/١٢.

الإضافة بلام التمليك موضوعة للتمليك كما يقال: هذا الشيء لك يكون إقرارًا له بملك الرقبة.

والإعطاء في اللغة عبَارة عن التمليك بغير عوض لإيتاء سواه، ولهذا سميت العطية عطية لثبوت الملك فيها بلا عوض.

والنحل في اللغة هو الهبة لقول عائشة رضي الله عنها: نحلني أبو بكر رضي الله عنه، أي: نحلني وهب لي، وقال عمر رضي الله عنه: لا ينحل أحدكم ولده نحلا، أي: لا يهبه.

وأما الثاني: كقوله: كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة؛ لأن الكسوة في عرف لسان الشرع عبارة عن تمليك العين بغير عوض لما بينا في الإيمان، والعمرى في عرف لسان الشرع عبارة عن الهبة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، لَا تُعْمِرُوهَا فإن من أعمر شيئًا فهو لمن أعمره في حياته ولورثته بعد وفاته**"[1] أراد بقوله: أعمر، أي: وهب بدليل أنه جعله ميراثًا من المعمر له.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٦٨٧٦) عن الثوري. و«ابن أبي شيبة» ١٣٨/٧ (٢٣٠٦٥) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٤٢/٧ (٢٣٠٧٧) قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا حجاج بن أبي عثمان. و«أحمد» ٢٩٣/٣ (١٤١٧٢) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٣٠٢/٣ (١٤٢٧٩) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي ٣١٢/٣ (١٤٣٩٣) قال: حدثنا هاشم بن القاسم، قال: حدثنا زهير. وفي ٣١٧/٣ (١٤٤٦٠) قال: حدثنا إسماعيل، عن الحجاج الصواف. وفي ٣٧٤/٣ (١٥٠٨١) قال: حدثنا كثير، قال: حدثنا هشام. وفي ٣٨٥/٣ (١٥٢٠٣) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير بن معاوية، أبو خيثمة. وفي ٣٨٩/٣ (١٥٢٤٣) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان (ح) وأبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٦٨/٥ (٤٢٠٤) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير. وفي (٤٢٠٥) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا أبو خيثمة. وفي (٤٢٠٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا حجاج بن أبي عثمان (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، عن وكيع، عن سفيان (ح) وحدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد، قال: حدثني أبي، عن جدي، عن أيوب. و«النسائي» ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣١) قال: أخبرنا =

وكذا لو قال: هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك فإذا مت رجع إلي.

وقال مالك: يكون عارية.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أَجَازَ الْعُمْرَى[1] وأبطل شرط المعمر، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى حياته فهو له ولورثته بعدَ وفاته**"[2]، ولو كان التوقيت صحيحًا لما جعله ميراثًا لورثته، ومتى بطل الشرط

=

عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا ابن جريج. وفي ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣٢) قال: أخبرني محمد بن إبراهيم بن صدران، عن بشر بن المفضل، قال: حدثنا الحجاج الصواف. وفي ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، عن هشام. و«ابن حبان» (٥١٣٦) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا هشيم، عن داود بن أبي هند. وفي (٥١٤٠) قال: أخبرنا عبد الله بن أحمد بن موسى، قال: حدثنا محمد بن معمر، قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. وفي (٥١٤١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا أيوب.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٢٨/٤ - ط. المجلس العلمي): "غريب" يعني أنه لا أصل له، وتعقبه ابن قطلوبغا فقال: "رواه الإمام محمد بن الحسن بهذا اللفظ". كذا في منية الألمعي (ص٦٣ - ط. المجلس العلمي).

(٢) أخرجه «مسلم» ٦٧/٥ (٤١٩٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٤١٩٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة، قال: حدثنا ليث. وفي (٤١٩٩) قال: حدثني عبد الرحمن بن بشر العبدي، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. وفي ٦٨/٥ (٤٢٠٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعبد بن حميد، قالا: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٢٠١) قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، عن ابن أبي ذئب. و«ابن ماجه» (٢٣٨٠) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أنبأنا الليث بن سعد. و«أبو داود» (٣٥٥٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، ومحمد بن المثنى، قالا: حدثنا بشر بن عمر، قال: حدثنا مالك، يعني ابن أنس. وفي (٣٥٥٤) قال: حدثنا حجاج بن أبي يعقوب، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. قال أبو داود: وكذلك رواه عقيل، ويزيد بن أبي حبيب، عن ابن شهاب، بإسناده ومعناه، واختلف على الأوزاعي، في لفظه

=

والتوقيت بقيت هبة محضة[١].

وأمّا الثالث: كقوله: هذه الدار لك رقبى[٢] أو حبيسة لكَ ودفعها إليه فهو عارية عندهما، وعند أبي يوسف: هي هبة له أنه اقتصر على قوله: داري لك تكون: هبة تامة

=

عن ابن شهاب، ورواه فليح بن سليمان، مثل حديث مالك. وفي (٣٥٥٥) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«الترمذي» (١٣٥٠) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. و«النسائي» ٦/٢٧٥، وفي «الكبرى» (٦٥٣٧) قال: أخبرنا عيسى بن مساور، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثنا أبو عمرو. وفي ٦/٢٧٥، وفي «الكبرى» (٦٥٤٠) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. وفي ٦/٢٧٥، وفي «الكبرى» (٦٥٤١) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، عن مالك. وفي ٦/٢٧٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٢) قال: أخبرنا عمران بن بكار، قال: حدثنا أبو اليمان، قال: حدثنا شعيب. وفي ٦/٢٧٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن ابن أبي فديك، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي ٦/٢٧٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٤) قال: أخبرنا أبو داود، سليمان بن سيف، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. وفي ٦/٢٧٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٥) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا سعيد، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب. و«أبو يعلى» (٢٠٩٢) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا ابن أبي ذئب. وفي (٢٠٩٣) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. و«ابن حبان» (٥١٣٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي (٥١٣٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٥١٣٨) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثنا الليث. وفي (٥١٣٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.

عشرتهم: (مالك بن أنس، وعبد الملك بن جريج، ومعمر، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، ومحمد بن عبد الله، ابن أخي ابن شهاب، والليث بن سعد، وصالح بن كيسان، وأبو عمرو الأوزاعي، وشعيب بن أبي حمزة، ويزيد بن أبي حبيب) عن محمد بن مسلم، ابن شهاب الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

(١) انظر: الهداية ٣/٢٣٠، رد المحتار على الدر المختار ٤/٥٢٠، الزرقاني ٧/١٠٤.

(٢) الرقبى: أن يقول: «إن مت أنا قبلك فهو لك، وإن مت أنت قبلي فهو لي» سميت بذلك، لأن كلًّا منهما يترقب، وينتظر موت الآخر قبل موته.

بمحكمه فلا تبطل بقوله: رقبى وحبيس لأنهما لفظان يحتملان الهبة والعارية فلا يبطل المحكم ولا يتعين بالمحتمل المتردد.

ولهما: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى، ورُوي أنه أجاز العمرى والرقبى(١) وأبطل المنافع فقد تعارضت الروايات في إبطال شرط الرقبى فلا يثبت الإبطال فبقي شرطه وكلامه معتبرًا فقد اتصل بكلامه وصف محتمل يحتمل الهبة والعارية؛ لأن قوله: رقبى يحتمل أن يكون مأخوذًا من المراقبة والانتظار أي: أنتظر موتك وتنتظر موتي فيكون عارية؛ لأن العارية مرتقبة منتظرة متى ذهب وفيها عادت إلى معيرها، كما لو قال أرقبتك هذه الدار ويحتمل أن يكون مأخوذًا من الإرقاب أي داري لك رقبة فتكون هبة، وكذا قوله: حبيس يحتمل أيّهما محبوسة رقبتها على ملكي وكذا المنفعة فتكون عارية ويحتمل أنها محبوسة رقبتها على ملكك فتكون هبة فلما صار الوصف محتملا صار الموصوف محتملا للهبة والعارية فقد تيقنا تمليك المنفعة وشككنا في تمليك الرقبة فثبت المتيقن، وهو العارية ولم يثبت المشكوك وهو الهبة.

ولو قال: أرقبتك هذه الدار، قال أبو يوسف: تكون عارية، وقال زفر يكون هبة، كما لو قال: داري لك رقبى.

وأبو يوسف يقول: بأن قوله أرقبتك لا يحتمل إلا المراقبة والانتظار فلا يمكن جعلها هبة فجعلناها عارية بخلاف قوله رقبى، فإنه يحتمل المراقبة ويحتمل الرقبة فلا يتغير أول الكلام بالشك والاحتمال.

---

(١) هذا الحديث ثابت في رواية عن جابر في الحديث السابق الذي خرجناه بلفظ: «العمرى جائزة لأهلها». رواه الترمذي وابن ماجه. ويؤيد ذلك أحاديث منها: ما روي عن ابن عمر مرفوعًا عند النسائي وابن ماجه: «لا عمرى ولا رقبى، فمن أعمر شيئًا، أو أرقبه، فهو له حياته ومماته» ومنها: ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن زيد بن ثابت بلفظ: «من أعمر شيئًا فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئًا فهو سبيله» ومنها: ما روى النسائي عن ابن عباس، وما روي الترمذي عن سمرة بن جندب، وغير ذلك (راجع جامع الأصول: ٩/١١١ - ١١٥، نصب الراية: ٤/١٢٨، نيل الأوطار: ٦/١٢ وما بعدها، سبل السلام: ٣/٩١، التلخيص الحبير: ص٢٦٠).

ولو قال لرجلين: عبدي هذا لأطولكما حياة، فهو باطل، وكذلك لو قال: هي عمرى لأطولكما حيَاة؛ لأن الموهوب له مجهول وجهالة الموهوب له تمنع صحة الهبة كجهالة الهبة.

ولو قال: إن حملتك على هذه الدابة فهي عارية إلا أن يقول أردت الهبة؛ لأن الحمل يراد به العارية، يقال: حمل فلانا على دابته إلى مكة إذا أعارها ويراد به الهبة، يقال: حمل الأمير فلانًا فقلبه إذا وهبها، فإذا لم ينو تحمل على أقلهما وهي العارية لأنها منتفية وإن نوى الأكبر يصح؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وكذا لو قال: أخدمتك هذه الجارية فهي عارية؛ لأن الإخدام قد يكون بتمليك المنفعة وقد يكون بتمليك الرقبة كالحمل على الدابة فتكون إعارة عند الإطلاق لأنها الأدنى وهو منتفٍ.

ولو قال: منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا إذا نوى الهبة.

ولو قال: منحتك هذا الطعام أو الدراهم والدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة؛ لأن المنحة قد يراد بها العارية لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، والعارية مردودة، والهبة غير مردودة**" وقد يراد بها الهبة فقال: فلان منح فلانا أي وهب منه، فإن أضاف إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى وإن أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه حملناها على الهبة؛ لأنه منفعة مع عينه.

وذكر الكرخي رحمه الله: لو منحه جديًا أو عناقا فهو عارية، ولو منح شاة حلوبة جاز الانتفاع بلبنها؛ لأنه أمكن الانتفاع مع قيام عينها.

ولو قال: أطعمك هذه الأرض فهو إطعام لغلتها إعارة لرقبتها؛ لأن عين الأرض لا يطعم وغلتها تطعم فانصرف الإطعام إلى الغلة ويصير معيرا للأرض؛ لأن إطعام غلة معد فيه لا يتصور إلا بعد إعارة الأرض.

ولو قال: أطعمتك هذا الطعام فاقتصه فهي هبة؛ لأن الإطعام يحتمل التمليك كما يحتمل الإباحة، فإنه روي "أن النبي عليه السلام أطعم الجدة السدس" أي:

أعطاها، فإذا ذكر القبض عقيبه دل على أنه أراد به التمليك؛ لأن الهبة هي المحتاجة إلى القبض ليتم لا الإباحة فإنها تتم بغير قبض.

ولو قال: جعلت لك هذه الدار فاقبضها فهي هبة؛ لأن هذا عبارة عن التمليك.

ولو قال: داري هذه لك عمرى سكنى أو محلي سكنى أو سكني هبة أو سكني صدقة فهي عارية.

ولو قال: داري هذه لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها فهي هبة، والفرق أن قوله داري لك، وإن كان ظاهره لتمليك الرقبة فهو يحتمل تمليك المنفعة؛ لأن الإضافة بلام التمليك يحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى محكم للمنفعة لا يحتمل ملك الرقبة وسكنى تصلح نعتًا وتفسيرًا لقوله داري لك؛ لأن الاسم يصلح نعتًا للاسم فصار كأنه قال لك سكنى داري فجعلنا المحكم قاضيًا على المحتمل فتبين أنه أراد به تمليك المنفعة.

وأما قوله: تسكنها فعل، والفعل لا يصلح نعتًا للاسم ألا ترى، لو قال: لك تسكن داري لا يستقيم، فلا يصلح تفسيرا لقوله: داري لك، فبقي فلم يتغيّر به أوّل الكلام.

ولو قال: هي هبة لك عارية أو عارية هبة فهي عارية؛ لأن قوله عارية نصّ على تمليك المنفعة ويحكم فيه، وقوله: هبة يصلح لتمليك المنفعة ولتمليك الرقبة فجعلنا المحكم قاضيًا على المحتمل ولم تثبت الهبة بالاحتمال.

ولو قال: هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة؛ لأن الإجارة معاوضة والهبة تبرع والمعاوضة لا تحتمل التغير والتبدل إلى التبرع، فإنه لو قال: أجرتك بغير شيء لا تكون عارية. فأمّا التبرع يحتمل التغير إلى المعاوضة، فإنه لو قال: وهبتك منافع داري وكل شهر بكذا كان جائزًا فانقلبت الهبة إجارة وتصير عبارة عن تمليك، ولم يذكر في الكتاب أن هذه الإجارة هل تكون لازمة وقد حكى عن الجصاص أنها لا تكون لازمة حتى يملك كل واحد منهما فسخا بعد القبض لكن إذا سكن يجب الأجر؛ لأنه أمكن العمل باللفظين فتعمل بهما بقدر الإمكان كما في الهبة بشرط.

ولو قال: هو هبة لك ولعقبك من بعدك فهي هبة صحيحة؛ لأن قوله هو لك هبة

صحيحة وقوله لعقبك من بعدك شرط فاسد؛ لأن العقب لا يملكه بهبة من جهة الواهب وإنما يملكه إرثا من الموهوب له فقد ألحق بالهبة شرطا فاسدًا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لما تبين فبلغوا الشرط كشرط المعمر.

ولو قال: أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية؛ لأنه ملكه سكنى داره وتمليك السكنى عارية.

(**المنتقى**): رجل قال لرجل قد متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فقبضها، فهي هبة، وكذا لو قال لامرأة قد تزوجها على غير مهر مسمى فقال: قد متعتك بهذه الثياب أو بهذه الدراهم فهي هبة؛ لأنه يراد بلفظة التمتع تمليك الرقبة عرفا.

(**النوادر**): رجل دفع إلى رجل ثوبا وقال: اكس نفسك ففعل فهي هبة، ولو دفع إلى رجل دراهم وقال: أنفقها، ففعل فهو قرض، والفرق أن الأمر بالإكساء والإنفاق كلاهما عبارة عن التمليك لما بينا ذلك في الأيمان، إلا أن التمليك قد يكون بالقرض وقد يكون بالهبة والقرض أولى؛ لأنه تمليك المنفعة وهو متيقن فكان الصرف إليه أولى إن أمكن ففي الدراهم أمكن؛ لأن القرض بالدراهم يجوز فانصرف إليه وفي الثوب لا يمكن؛ لأن قرضه لا يجوز فانصرف إلى التمليك بجهة الهبة، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: رجل قال جميع مالي أو كل شيء له أو جميع ما أملكه لفلان فهي هبة حتى لا يجوز بدون القبض؛ لأن قوله ما أملكه للملك القائم له حقيقة والملك القائم لا يصير لغيره إلا بالتمليك منه بخلاف ما لو قال جميع ما يعرف بي أو ينسب إلي لفلان حيث يكون إقرارًا له؛ لأنه يجوز أن يكون ملك المقر له وهو في يده ويعرف به وينسب إليه فيكون إقرارًا له.

وكذا لو قال له بالفارسية: (أين يرا) يكون هبة؛ لأنه جعله له في المستقبل وهذا يكون بالتمليك منه.

ولو قال أين تراست يكون إقرارا؛ لأن قوله تراست يكون إخبارًا عن كونه له قبل التكلم.

ولو غرس كرما فقال: جعلته لابني الصغير يكون هبة؛ لأن الجعل إثبات ويصير له فيكون تمليكًا له.

ولو قال جعلته: باسم ابني فهو أمر متردّد محتمل ويكون إلى التمليك أقرب.

ولو قال: اغرس باسم ابني لا يكون هبة؛ لأنه لا يستعمل للتمليك عرفًا.

وذكر محمد في (السير الكبير): رجل قال لقوم قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذ من شاء، فأخذها رجل منهم تكون له؛ لأن هذا هبة من كل واحد منهم عادة وفيه وجه دليل على أن الهبة تتم بالقبض، وإن لم يوجد القبول من الموهوب له.

رجل دفع ثوبين إلى رجل وقال: أيما شئت فلك والآخر لابنك فلان، فإن بين الذي له قبل أن يتفرقا جاز؛ لأن ارتفاع الجهالة في آخر المجلس كارتفاعها في أول المجلس، وإن لم يبين لم يجز؛ لأن الجهالة لم ترتفع، وعلى هذا لو وهب لآخر غلامًا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام إن اختار الهبة قبل أن يتفرقا جازت الهبة، وإن لم يخير حتى تفرقا لم يجز.

(باب قبض الهبة)

قبض الموهوب له الهبة لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن كان الواهب أمره بقبضه، أو نهاه عنه، أو سكت، فإن أمره صح قبضه في المجلس وبعده؛ لأن القبض في الهبة، وإن كان بمنزلة القبول من حيث إن الملك يقع بالقبض في الهبة كما يقع بالقبول في البيع، والقبول لا يصح بعد المجلس فكذا القبض إلا أن عقد الهبة يتم بإيجاب الواهب وحده والقبول شرط ثبوت الملك لا شرط العقد، والعقد التام يجوز أن يقف على ما وراء المجلس فصح بقبض بعده وأمر الواهب بالقبض مطلق فلا يتقيد بالمجلس ففي أي وقت قبضها كان قبضها بتسليم الواهب، وإن نهاه عن القبض لا يصح قبضه أصلًا، لأن نهي الواهب إيّاه عن قبضها رجوع عن الإيجاب والقبض بمنزلة القبول في الهبة ويصح الرجوع عن الإيجاب قبل القبول وإن سكت، ولم يأمره ولم ينهه إن قبضه بعدما افترقا لا يصح وإن قبضه بحضرة الواهب يصح استحسانًا لا قياسًا وهو قول الشافعي وكذلك في البيع الفاسد؛ لأن ملك البائع والواهب قائم في العين ويده قائمة عليه فلا يكون للموهوب له والمشتري إبطاله عليه بغير أمره كما في البيع الصحيح.

وجه الاستحسان: أن هذا عقد تمليك والتمليك تسليط على التملك وإذن له والقبض في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة القبول والتملك لا يثبت الملك بدونه فصار الموهوب له مسلطا على القبض ومأذونا فيه بحكم الإيجاب ضمنًا وإقتضاء له، والإيجاب يقتصر على المجلس وكذا ما يثبت ضمنا له وبحكم ما يثبت ضمنًا واقتضاء يثبت ضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس فلا يثبت فيما وراءه كما في التسليط على القبول في البيع بخلاف الإذن بالقبض نصًا؛ لأن الإذن ثبت مطلقًا فيعم المجلس وغيره وكذلك الصدقة.

ولو وهب دينا له على رجل وأمره بقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانًا لا قياسًا وهو قول زفر؛ لأن الدين لا يستطاع قبضه بحال وإنما يقبض مثله عينا والهبة مضافة إلى الدين لا إلى مثله.

ولو أضاف إلى المثل لا يجوز؛ لأنه ملك العين قبل قبضه وما لا يستطاع قبضه لا تجوز هبته.

وجه الاستحسان: أن الهبة تفيد الملك عند القبض وعند القبض الموهوب عين مملوكة للواهب مقررة متميزة عن غيره؛ لأن المقبوض عين الدين حكما؛ لأنه قائم مقامه شرعا وعرفا، ولهذا يجبر المديون على تسليم مثله وللمالك أن يأخذه بغير رضى المديون متى ظفر بحبيسه ولأحد الشريكين أن يشارك فيما قبض صاحبه من الدين وإذا كان المقبوض عين الدين حكمًا وعرفًا والموهوب له يصير قابضا أولا للواهب بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن له في القبض لم يجز؛ لأنه لا يصير نائبا عنه في القبض بدون الاستنابة.

ولو وهب الوديعة من المودع أو العارية من المستعير جاز وكفاه ذلك القبض؛ لأن قبض الوديعة أمانة كقبض الهبة فتجانس القبضان، وتشاكلا فتناوبا، وكذلك لو وهب المستأجر من المستأجر أو المغصوب من الغاصب جاز وبرئ عن الضمان؛ لأن قبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة؛ لأن في قبض الضمان ما في قبض الأمانة وزيادة بخلاف البيع والرهن لما مرّ في البيوع. وهب لابنه الكبير في عياله يشترط قبض الابن خلافا لابن أبي ليلى لأنه لا ولاية له عليه فلا ينتصب نائبًا عنه فلا يقوم قبضه مقام قبض الولد كالأجنبي يقبض الهبة عن الصغير، وإن كان صغيرا جازت وهو قابض له؛

لأن له ولاية على الصغير فينوب عنه في القبض كما لو وهب له غيره فقبضه الأب جاز فكذا إذا وهب هو كان قبضه جائزًا عنه، ولو قبض الجد أو الأخ أو العم فلا يخلو إما أن كان الأب حيا أو ميتا، وإن كان ميتا جاز قبضهم عن الصغير؛ لأن الولاية انتقلت إليهم، وإن كان حيا وهو غائب غيبة منقطعة ينظر إن كان الصغير في عيالهم جاز قبضهم عنه؛ لأنه بغيبته انتقلت الولاية إلى الأبعد كما في ولاية الإنكاح، وله ولاية التصرف في ماله متى كان الصغير في عياله، وإن لم يكن في عيالهم لا يجوز؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في ماله ومن لا يكون له ولاية التصرف في مال الصغير لا يكون له قبض الهبة عليه؛ لأنه من باب التصرف كالأجنبي، فأما إذا كان حاضرًا والصبي في عيالهم هل يصح قبضهم عنه لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه هل يجوز قبض كل من تعوله قريبا كان أو زوجا أو أجنبيا؛ لأن كل من كان الصغير في عياله وحضانته والإنفاق عليه من ماله كان له ولاية التصرف في ماله وقيل إن كان الذي يعوله قريبا له لا يجوز قبضه عن الصغير، وإن كان زوجًا يجوز إن كان بنى بها، وإن لم يقربها لم يجز.

وذكر الحاكم في مختصره: أنه لا يجوز قبضه إذا كان الأب حيا، وإن كان أجنبيًا لا يجوز قبضه إلا حال عدم الأقارب، وهكذا ذكر الكرخي في (**مختصره**) وذلك لأن سبب ثبوت الولاية لقبض غير الأب كون الصغير في عياله وقد تحقق هذا في الزوج من كل وجه حال حضرة الأب كما تحقق حال غيبته؛ لأنه ليس للأب. انتزاع الصغيرة من الزوج فصارت حضرته كغيبته، وفي غير الزوج للأب أن ينتزع الصغير منه وللقريب أن ينتزع الصغير من الأجنبي فلم يستقر ولم يتأكد بسبب ثبوت ولاية القبض على الصغير لهؤلاء، وغير المستقر ثابت من وجه دون وجه، وولاية القبض لم تكن ثابتة لهؤلاء فلا يثبت بالشك وإنما جاز قبض الأجنبي حال عدم الأقارب لأن قبض الهبة من المنافع المحضة فجاز أن يملكه من يعوله بولاية الحضانة والتربية نظرا للصغير نفعا له؛ لأن قبضه بمنزلة إيصال النفع إليه ويكون من باب الحفظ.

وأما الأم إن لم يكن للأب حق انتزاع الصغير ولكن ليس لها ولاية على الصغير

ولا على ماله فلم تثبت لها ولاية القبض، وإن كان الصبي يعقل ولم يراهق فقبض جاز استحسانا؛ لأن قبض الهبة من المنافع المحضة وكل تصرف هو نفع محض والصبي فيه غير محجور عنه كالعبد المحجور.

ولو وهب رجل لعبد محجور عليه فالقبول والقبض إلى العبد دون المولى؛ لأن قبول الهبات نافع للمولى والعبد ملك التصرف هو نافع للمولى كما في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فتكون الهبة واقعة للعبد فيكون القبول والقبض إليه، وإذا قبض ثبت الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده وكذلك المكاتب لو وهب له فالقبول والقبض إليه ولا يملكه المولى؛ لأنه أحق بكسبه ولا تجوز هبة الأب مال الصغير لأنها تبرع.

ولو وهبه بشرط العوض وقبض الآخر العوض لم يجز عندهما وكذلك العبد المأذون والمكاتب إذا وهبا بشرط العوض وقال محمد يجوز وكل من ملك البيع ملك الهبة بعوض، له أنه لما شرط فيها العوض صار بيعًا معنى؛ لأنه يصير مبادلة والعبرة للمعنى دون الصورة.

لهما: أن النية بشرط العوض تبرع حالًا وابتداءً، ولهذا لا يملك قبل القبض وتنقلب معاوضة مآلًا وانتهاء بعد القبض لما تبين، فإذا لم يكن له ولاية التبرع لم يقع العقد في الحال صحيحًا فلا ينقلب معاوضة في الانتهاء وصار كما لو أعتق بشرط العوض لا يصح.

[(النوادر)][(١)] رجل وهب من رجل ثوبًا وهو حاضر، فقال الموهوب له: قبضته، قال أبو حنيفة: صار قابضًا؛ لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه، كالتلجئة في باب البيع، وقال أبو يوسف: لا يصير قابضًا ما لم يقبضه بيده؛ لأنه غير قابض حقيقة.

ولو وهب من رجل عينا فقبضه الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صحت الهبة؛ لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول لما بينا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المنتقى.

ولو وهب لرجل ثيابا في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضًا؛ لأنه لا يمكنه القبض لو أراد قبضه وإن كان الصندوق مفتوحًا كان قبضًا لأنه يمكنه القبض.

رجل قال وهبت هذا الشيء من ابني الصغير جازت الهبة من غير قبول لأن الأب يتولاه، هذا وكل عقد بتولية الواحد يكفي فيه الإيجاب كبيع الأب ماله من ابنه الصغير.

ولو وهب لأولاده الصغار والكبار فقبض الكبار حصتهم جازت في حق الكل؛ لأن الأب قابض حصة الصغار وهل يجوز تفضيل بعض الأولاد على البعض في الهبة حالة الصحة.

رُوي عن أبي حنيفة: أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين وإن استووا في ذلك، فإنه يكره لما رُوي أن أبا بكر فضّل عائشة على غيرها من أولاده بالهبة حالة الصحة.

وعند محمد: يجزئه أن يعطي للذكر مثل حظ الأنثيين على قدر مواريثهم؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، ثم الله تعالى فضَّل الذكر على الأنثى فيما أوجب لهم من الميراث وكذا فيما أوجبه العبد.

وعند أبي يوسف: يسوي بينهم يعطي الأنثى مثلما يعطي الذكر لحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله غلاما فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على ذلك فقال: "**أو لكل أولادك نحلت مثل هذا، فقال: لا، فقال أرجعه**" وفي رواية: قال: "إنه جور **وإنا لا نشهد على جور**"[(١)]؛ إلا أن أبا حنيفة رحمه الله حمل هذا الحديث على ما إذا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٢٠٦ (٢٥٨٧) قال: حدثنا حامد بن عمر، قال: حدثنا أبو عوانة، عن حصين. وفي ٣/٢٢٤ (٢٦٥٠) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا أبو حيان التيمي. قال البخاري عقبه: وقال أبو حريز، عن الشعبي: «لا أشهد على جور». وفي «الأدب المفرد» (٩٣) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى القرشي، عن داود بن أبي هند. و«مسلم» ٥/٦٥ (٤١٨٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عباد بن العوام، عن حصين (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، واللفظ له، قال: أخبرنا أبو الأحوص، عن حصين. وفي ٥/٦٦ (٤١٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن أبي حيان (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، واللفظ له، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا أبو حيان التيمي. وفي (٤١٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثني =

كان الكل سواء وحمل حديث عائشة على أن التفضيل لزيادة فضل في الدين

=

أبي، قال: حدثنا إسماعيل. وفي (٤١٩٢) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن عاصم الأحول. وفي (٤١٩٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، وعبد الأعلى (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، ويعقوب الدورقي، جميعا عن ابن علية، واللفظ ليعقوب، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. وفي ٦٧/٥ (٤١٩٤ و٤١٩٥) قال: حدثنا أحمد بن عثمان النوفلي، قال: حدثنا أزهر، قال: حدثنا ابن عون. و«ابن ماجه» (٢٣٧٥) قال: حدثنا أبو بشر، بكر بن خلف، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن داود بن أبي هند. و«أبو داود» (٣٥٤٢) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا سيار، وأخبرنا مغيرة، وأخبرنا داود، وأخبرنا مجالد، وإسماعيل بن سالم. و«النسائي» ٢٥٩/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٧٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع، قال: حدثنا داود. وفي ٢٦٠/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٧٤) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن عبد الوهاب، قال: حدثنا داود. وفي ٢٦٠/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٧٥) قال: أخبرنا موسى بن عبد الرحمن، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا أبو حيان. وفي ٢٦٠/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٧٦) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا يعلى، قال: حدثنا أبو حيان. وفي «الكبرى» (٥٩٧٩) قال: أخبرنا محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن مغيرة. و«ابن حبان» (٥١٠٢) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن عاصم. وفي (٥١٠٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا أبو حيان التيمي. وفي (٥١٠٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن مغيرة. وفي (٥١٠٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمود بن سليمان، قال: حدثنا عمرو بن صالح، قال: حدثنا إبراهيم بن المغيرة، ختن ابن المبارك، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد. وفي (٥١٠٦) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا داود بن أبي هند. وفي (٥١٠٧) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، قال: قرأت على الفضيل، عن أبي حريز. جميعهم (مجالد بن سعيد، وحصين بن عبد الرحمن، وأبو حيان التيمي، يحيى بن سعيد بن حيان، وداود بن أبي هند، وسيار، ومغيرة بن مقسم، وإسماعيل بن سالم، وأبو حريز، عبد الله بن الحسين، وإسماعيل بن أبي خالد، وعاصم الأحول، وعبد الله بن عون) عن عامر الشعبي، فذكره.

لا بأس به توفيقًا بين الحديثين، فإن وهب ماله كله لواحد جاز في القضاء وهو إثم نص عليه محمد؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في مثل هذا: "اتق الله تعالى".

(باب هبة ما هو متصل أو مشغول بغير الموهوب)

أصله: أن الهبة متى كانت متصلة بملكه اتصال خلقة وأمكن فصله وتمييزه عن غيره لا تجوز الهبة ما لم يزل الاتصال؛ لأن الهبة ما دامت متصلة بملكه أو مشغولة بحقه لا يتحقق قبضها إذ القبض لا يتحقق إلا في المفروز المتميز عن غيره، وإذا زال الاتصال ووجد الانفصال وقت التسليم جازت الهبة؛ لأن تمام القبض إنما يعتبر وقت التسليم لا قبله، وإن كانت الهبة متصلة بملكه اتصال مجاورة إن لم تكن الهبة مشغولة بملكه جازت الهبة إذا لم يبق للواهب يد مستعملة على الهبة؛ لأنه أمكن قبض الهبة فلا يتمكن بالمجاورة نقصان في قبض الهبة، وإن كانت الهبة مشغولة بحقه لم يجز؛ لأنه يبقى للواهب يد مستعملة على الهبة وقيام يد المستعملة يوجب نقصانًا في قبض الموهوب.

[(المبسوط)][(١)]: ولا تجوز هبة الجبن والدهن في السمسم والسمن في اللبن وإن سلطه على القبض؛ لأن في وجود الولد وقيام ماليته غررًا وخطرًا فوقع الشك في ثبوت المحلية للهبة ولم تصادف الهبة محلها، ولا تصح إضافتها إلى زمان في المستقبل فلم ينعقد أصلا والدهن معدوم للحال من وجه وإنما يصير موجودًا بالعصر؛ لأنه لا يحصل إلا باستهلاك السمسم، ولو كان الدهن موجودًا فيه ويظهر بالعصر لكان لا يحتاج إلى استهلاك الوعاء لإظهاره كالقارورة، وإنما جرى الربا بين الدهن والسمسم لقيام شبهة الدهن فيه قبل العصر، والشبهة تكفي لإثبات الحرمة ولا تكفي لإثبات محلية الهبة.

ولو وهب صوفًا على ظهر أو لبنًا في ضرع نحره وحلبه ففعل جاز استحسانًا،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

وذكر في موضع آخر أنه لا يجوز. قيل فيه روايتان والأظهر أنه رواية واحدة وما ذكره أنه لا يجوز جواب القياس وما ذكر أنه يجوز جواب الاستحسان.

وجه القياس: أن اللبن والصوف بمنزلة صفة من أوصافها في حق التمليك فلا يصلح محلًا لإضافة التمليك إليه مقصودا كما لو وهب يدها أو رجلها.

وجه الاستحسان: أن الملك في الموهوب يقع عند القبض وعند القبض الموهوب عين مال قائم مقرر من غيره؛ لأن اللبن والصوف بالانفصال يصيرا أصلا ولا يبقيا وصفا والمانع من جواز الهبة كون المحل وصفًا حالة القبض؛ لأنه حال ثبوت الملك وقد زال المانع من الجواز وقت القبض فصحت الهبة كما لو وهب مشاعًا يحتمل القسمة ثم سلمه مقررًا بخلاف ما لو وهب يدها ورجلها؛ لأنه لا يبقى مالًا بعد الانفصال وقيام المالية وقت القبض شرط لصحة الهبة، وكذلك ثمر الشجرة والزرع تجوز هبته إذا أمره بالحصاد والجذاذ وتجوز هبة الشجر وإذنه في القلع كما في السمن والزرع.

ولو وهبها واستثنى ما في بطنها جازت الهبة فيهما وبطل الاستثناء؛ لأن الهبة لا تبطلها الشروط الفاسدة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الشروط، ولأن الشرط الفاسد في الهبة لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن التسليم باختيار الواهب لا الموهوب وفيه حق المطالبة به فتسلمه كما اختاره، فلا تقع بينهما المنازعة فصار وجوب الشرط فيها وعدمه بمنزلة، ولو أعتق الجنين ثم أعتق الأم جاز.

ولو دبر الجنين ثم وهب الأم لا يجوز، والفرق أن المدبر مال مملوك للواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقة واتصال الهبة بملك الواهب يمنع صحة الهبة.

ولو كان الولد حرا والهبة غير مشغولة بحقه ولا متصلة بملكه؛ لأن الولد بعد الحرية لم يبق حقٌّ وملكا له فلا يمنع الجواز، وإن كانت متصلة أو مشغولة بغيره لأن يد الاستعمال للواهب على الهبة بعد التسليم قاصرة غير قائمة فصار كما لو وهب دارًا فيها حر جازت.

(المنتقى): ذكر ابن سماعة عن محمد: ولو وهب دابة مسرجة بلجمة ولم يهب

السرج واللجام جاز؛ لأن الهبة غير مشغولة بحقه؛ لأن الدابة غير مشتغلة بسبب اللجام لأن استعمال الدابة يتحقق بدونه.

ولو وهب السرج واللجام دون الدابة لم يجز إلا إذا نزعه ودفعه إليه؛ لأن اللجام ما دام على الدابة فهو مستعمل له؛ لأن استعماله إنما يكون بالدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فيوجب نقصانا في قبضه، وكذلك لو وهب جارية عليها حلي دون الحلي جاز.

ولو وهب الحلي عليها دون الجارية لم يجز حتى ينزعه ويدفعه إليه، وكذلك لو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز؛ لأنه مستعمل للدابة تحمله.

ولو وهب الحمل على الدابة وسلم معها يجوز؛ لأنه لا يكون مستعملا للحمل بالدابة؛ لأن الحمل إنما يوضع على الدابة لتصير الدابة مستعملة بالحمل لا الحمل بالدابة، وكذلك لو وهب الماء والقمقمة يجوز.

ولو وهب القمقمة دون الماء لم يجز؛ لأنه مستعمل للقمقمة بالماء لا الماء بالقمقمة.

ولو وهب أرضا لابنه الصغير وفيها زرع الأب أو وهب منه دارا والأب فيها ساكن أو فيها متاعه أو غير ساكن ذكر هشام عن أبي حنيفة أنه لم تجز الهبة فيهما.

وفي (**المنتقى**) و(**المجرد**): قال أبو حنيفة: إنه يجوز، وهو قول أبي يوسف وهو الصحيح؛ لأن الشرط قبض الواهب وكون الدار مشغولا بمتاع الواهب أو بسكناه لا يمنع قبض الواهب وإنما يمنع قبض غيره.

ولو وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها يصح؛ لأنها وما في يدها في الدار في يد الزوج فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه.

(**الزيادات**): وهب دارًا أو جوالقًا فيها متاع الواهب وسلمها لم يجز؛ لأن الواهب مستعمل للدار لحفظ الأمتعة فتكون يد المستعملة للواهب قائمة عليها، ألا ترى أن رجلين تنازعا في دار وهي مشغولة بمتاع أحدهما كان القول قوله لقيام يده عليها وقيام يد الواهب عليها بمنع تمام القبض من الموهوب له في الدار فيمنع تمام

الهبة حتى لو فرغها وسلمها إليه تمت الهبة، وإن وهب ما في الدار والجوالق وسلمها جازت الهبة؛ لأن الموهوب غير مشغول بملك الواهب؛ لأن المتاع لا يكون مشغولا بالوعاء وإنما الوعاء يكون مشغولا به فلا يكون للواهب يد مستعملة على الهبة ويده على الجوالق والدار، وإن كانت مشتملة محتوية على ما فيها لكن متى سلمها إليه صار معيرًا للجوالق والدار ومملكا ما فيها فوقع الكل مسلما إليه حتى لو أودع المتاع أو الطعام في المسألة الأولى ثم سلم الكل أنه تمت الهبة في الدار والجوالق لا تثبت يده على ما فيها حقيقة؛ لأن اليد حقيقة للمودع، وإن كانت منفعتها عائدة إلى المودع فلم تبق يد الواهب حقيقة حتى يمنع التسليم، ولا تجوز هبة الزرع والشجر بدون الأرض ولا الأرض بدونهما ولا الثمر بدون الشجر ولا الشجر بدونه؛ لأن الموهوب متصل بملكه اتصال خلقة فيمتنع تمام القبض فيكون بمنزلة الهبة الجزء السابع.

فأمّا في الدار والمتاع ليس بينهما اتصال خلقة لكن بينهما اتصال مجاورة فتكون الدار مشغولة بالمتاع والتسليم يتم في الشاغل ولا يتم في المشغول، ولو أمره بالحصاد والجذاذ ففعل تمت الهبة؛ لأن فعله بأمر الواهب كفعل الواهب فتم قبضه بعد الانفصال، وإن وهب دارًا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضًا جازت في المتاع خاصة وإن بدا فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما، والفرق أنه لما وهب المتاع أولا وقبضه الموهوب له بالتخلية فقد تمت يده على المتاع فحين وهب الدار وسلمها بالتخلية لم يوجب قيام يد الواهب على الدار ولا تمنع تمام يد الموهوب له على الدار وإذا وهب الدار أولًا لم يصح قبض الموهوب له فيها لقيام يد الواهب عليها، فإذا وهب المتاع منه بعد ذلك وجازت الهبة في المتاع زال المانع عن تمام القبض في الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض صحيحا في حقها، وإن وهب أحدهما فلم يقبض حتى وهب له الآخر وأذن له في قبضهما جميعًا فقبض جاز فيهما؛ لأن المانع من تمام القبض قد زال وقت التسليم فوقع القبض صحيحا فتمت الهبة كما لو وهب نصف الدار ولم تسلم حتى وهب النصف الباقي جازت الهبة في

الكل لما بينا وهبه دارًا ومتاعا فيها وسلم الكل فاستحق المتاع لا تبطل الهبة في الدار؛ لأن المانع من تمام القبض كون الدار مشغولا بمتاع الواهب لا بمتاع غيره؛ لأن يد غيره قاصرة عنها ويد الواهب قائمة عليها حقيقة وباستحقاق المتاع لم يظهر أن الدار مشغولة بمتاع الواهب فجازت الهبة في الدار، ألا ترى لو استعار دارًا ثم غصب متاعًا من آخر ووضعه فيها ثم وهب المعير من المستعير جازت الهبة، وكذا لو غصب المعير متاعا وأودعه إلى المستعير فجعله في الدار ثم وهب الدار منه جازت الهبة؛ لأن الدار غير مشغولة بمتاع الواهب فتمت يده على الدار بحكم الهبة، وإن هلك المتاع ثم استحق وقد عوضه الموهوب له أولًا، فإن شاء المستحق ضمن الموهوب له، وإن شاء ضمن الواهب قيل هذا قول محمد فأما عندهما ما لم تنقل لا يضمن، وقيل هذا قولهم جميعا وهو الصحيح؛ لأن يد الواهب على المتاع كانت يد ناقلة مقوية ليد المالك وبالهبة أقام يد الموهوب له مقام يد نفسه ويده يد الناقلة فكذا يد الموهوب له بحكم القيام مقامه كما لو وكل المشتري بقبض المبيع وكيلًا فقبضه وهلك عنده ثم استحق من يده فللمستحق أن يضمن الموكل؛ لأن قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل فيصير غاصبًا بيد ثابتة يدا ناقلة بخلاف البائع إذا خلى بين المبيع والمشتري حتى صار قابضا ثم هلك قبل أن ينقله فجاء مستحق ليس له أن يضمن المشتري؛ لأن يد المشتري ما قام مقام يد البائع بل المشتري استحق اليد بحكم العقد ابتداء فلا تكون يده قائمة مقام يد البائع وبمجرد التخلية لم يوجد منه اليد الناقلة المقوية ليد المالك فلم يصر غاصبًا لا حقيقة ولا تقديرا أودع رجلا جوالقًا فيه طعام ثم وهبها منه ثم استحق أخذها جازت الهبة في الباقي لما قلنا. وهب أرضا وزرعا فيها استحصد وسلم ثم استحق أخذها تبطل الهبة في الآخر؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال خلقة فكان هذا نظير الشائع وإذا استحق النصف الدار الموهوبة بطلت الهبة في الباقي، فكذا هذا. وهب زرعا في أرض أو تمرا في نخيل أو جلة على سعف وأذن في قبضه وحصاده فقبضه جازت الهبة استحسانًا لما بينا في المبسوط، وإن لم يأمره بالقبض فقبض في المجلس بحضرتهما لم يجز ويضمن ما أفسد؛ لأن الجذاذ والحصاد يصرف في ثمن أخذ عين الموهوب فلا يصح إلا بإذن

الواهب وإنابته وإيجاب الهبة لا يقتضي الإذن في تصرف ليس منها وهو تصرف في غير الموهوب فيضمن إذا باشره بدون رضاه بخلاف القبض لأنه تصرف في الموهوب وهو من شرائط الهبة وتمامها فيكون إيجاب الهبة إذنا له بالقبض دلالة ما لم ينهه عنها صريحا فكذا لو قال: وهبت لك من طعامي قفيزا، فإن اكتاله بإذنه جاز وإلا فلا؛ لأن الاكتيال تصرف في ملك الغير فلا يصح إلا بإذنه.

(باب مسائل الشيوع)

جمعت فيه من مسائل الشيوع وفصلت بينها تفصيلا وسهلت على المقتبسين حفظا وتفهيمًا فبقول مسائل الشيوع تنقسم إلى أربعة أقسام: بيع الشائع، وإجارة الشائع ويتصل بها إعارة الشائع، ورهن الشائع، وهبة الشائع ويتصل بها صدقة الشائع ووقف الشائع.

أما بيع الشائع: فجائز فيما تنقسم؛ لأن البيع يفيد الملك في الحر والشائع والملك لا يراد لعينها وإنما يراد لمنافعه ومرافقه، والانتفاع والارتفاق لا يتهيأ إلا في المقسوم والمقرر فصارت القسمة مستحقة بقضية الملك وهي قسمة العين فيما ينقسم وقسمة المنافع فيما لا ينقسم بطريق التهاني والتناوب وإذا اقتسما صار البعض عوضا عن البعض وقد أمكن تحقيقه في بيع العين؛ لأن كل نصف يصلح بدلا عن النصف الآخر؛ لأنه ملك غيره فيصير العقد الوارد على الشائع مطلقًا له الانتفاع بالمعين والمميز بواسطة القسمة والإقرار فأمكن توفير مقاصد العقد وثمراته عليه فيحكم بصحته.

وأمّا إجارة الشائع فعلى وجهين:

أحدهما: لو أجر نصف ملكه من أجنبي لا يجوز فيما ينقسم وفيما لا ينقسم عند أبي حنيفة وقالوا جميعًا صححه لهم أنه أمكن الانتفاع بالشائع بطريق التهايؤ فإنهما إذا تهايئا زمانا للانتفاع فالمستأجر في نوبته يصير مستوفيا لمنفعة الكل نصفها بحكم العقد ونصفها عوضًا عن المنفعة التي يستوفيها الآخر في نوبته فأمكن تحقيق مقصود العقد وتوفير ثمرته عليه فوجب القول بصحته كما في بيع الشائع، له: أن

الانتفاع بالشائع لا يتهيّأ إلا بالتهايؤ والتهايؤ لا يصلح طريقا للانتفاع بالشائع في الإجارة لفقد شرطه وهو صلاحية بيانه كل واحد منهما من صاحبه؛ لأن الآجر لا يصلح نائبا عن المستأجر في الانتفاع بملكه؛ لأن الملك مطلق له الانتفاع بمملوكه لأن المنافع ثمرات ملك الذات واتباعه فكان تأثير سلطان الملك في فتح باب الانتفاع فوق تأثير إذن الغير إلا أن حق المستأجر حاجز إياه عن الانتفاع، فإذا سقط حقه بالإذن زال الحاجز فعمل المطلق فانطلق من الانتفاع بحكم مالكيته كالراهن إذا تصرف في المرهون بإذن المرتهن صح بحكم ملكه وإذا ملك الآجر استيفاء المنفعة بحكم الملك ليكون مستوفيا للمنفعة بحكم المبادلة فلا تصلح منفعة النصف بدلا عن النصف الآخر، فلا يمكن تحقيق طريق الانتفاع فالشائع في الإجارة فسدت وأمكن تحقيقه في البيع فصح ثم قيل هذه الإجارة لا تنعقد على قوله حتى لا يجب الأجر أصلا والصحيح أنه ينعقد فاسدا حتى يجب أجر المثل لأنها صادفت محلا منتفعًا وطريق يمكن الانتفاع كان فائتًا ظاهرا لكن بالقسمة موهوما مترقبا.

والثاني: لو أجر أحد الشريكين نصيبه من الأجنبي، حكى أبو الطاهر الدماميني، عن أبي حنيفة: أنه يجوز؛ لأن كل واحد منهما صلح نائبا عن صاحبه وحكى عنه غيره أنه لا يجوز لأن الشيوع لما صار مانعا للجواز لمعنى فبعد ذلك يدار الحكم على الشيوع لا على حقيقة المعنى تيسيرا كما في السفر والسلم.

وأما إذا أجر من رجلين أو من شريكه يجوز؛ لأنه لم يتمكن فيه الشيوع؛ لأنه أجر الكل منهما صفقة وهما في قبول العقد نزلا منزلة شخص واحد ولا شيوع في الكل ولئن تمكن فيه الشيوع فكل واحد منهما يصلح نائبا عن صاحبه فأمكن تحقيق طريق الانتفاع في حقهما فصح.

وأمّا الشيوع الطارئ ففي ظاهر الرواية لا يفسد الإجارة؛ لأن العقد كان صحيحًا وقع الشك في ارتفاع صحته؛ لأن وهم القدرة على الانتفاع قائم فلا يرتفع الجواز بالشك كالإباق الطارئ لا يفسد البيع والمقارن يفسده وروى خالد بن صبيح عن أبي حنيفة أنه يفسد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة يتجدّد كل ساعة حيث تتجدد المنفعة فيكون الشائع مقارنا له بكل حال لا طارئا.

وأما إعارة الشائع فجائزة؛ لأنه لا يظهر أثر صحة الإعارة في الجزء الشائع لأنها لا تتم إلا بالتسليم، فإن سلم الكل كان هذا إعارة مسالفة للكل، وإن لم يسلم لا يجبر على تسليم النصف الشائع بخلاف الإجارة؛ لأن المستأجر يطالب الآجر بتسليم النصف الشائع كما اقتضاه العقد والآجر يعجز عن تسليمه فمنع الجواز.

وأمّا الرهن فرهن المشاع فاسد فيما ينقسم وفيما لا ينقسم رهن من شريكه أو من أجنبي، وقال الشافعي: تصح.

والصحيح قولنا؛ لأن فيه تأقيت العقد معنى وهذا خلاف ما يقتضيه عقد الرهن؛ لأن حكم الرهن هو ملك اليد والحبس على الدوام والاستمرار لما يأتي في كتاب الرهن وهذا لا يمكن إيمائه في المشاع؛ لأن حبس المشاع واحتواء اليد عليه لا يتصور وحبس الكل على الدوام عين مستحق بالعقد لكونه مضافا إلى النصف وكذا لا يمكن الحبس بطريق التهايؤ لفقد شرطه وهو صلاحية كل واحد منهما نائبا عن صاحبه؛ لأن الراهن لا يصلح نائبا عن المرتهن في حبس ملكه كما في الإجارة فيعود الحبس للمرتهن في نوبة الراهن بنفسه ونائبه فيصير الرهن مؤقتًا معنى فلا يصح، كما لو قال رهنتك يوما ويوما لا، وكذا فيما إذا رهن من شريكه يتأقت العقد أيضا؛ لأنه لا يد للتمييز بين الحبس بحكم الرهن إذ هو غير مطلق للانتفاع، وبين الحبس بحكم ملك الرقبة إذ هو مطلق للانتفاع وإذا ميزنا بطريق التهايؤ فالمرتهن يحبس يوما بحكم الملك لينتفع به بإذن الراهن أو لا بد من إذنه لينطلق له الانتفاع به ويوما بحكم الرهن ليمتنع عن انتفاعه، ففي يوم الحبس تملك الرقبة بحبسه بحكم الإذن لا بحكم الرهن فيفوت حكم الرهن فيه بخلاف ما لو أجر من شريكه؛ لأن يد الملك ويد الإجارة في حق استيفاء المنفعة سواء؛ لأن كل واحده مطلقة له الانتفاع فأنكر إقامة يده في نوبته مقام يد الإجارة، ولو رهن من رجلين جاز؛ لأنه لا شيوع في رهن الكل منهما؛ لأن حبسهما جملة مما يدوم ويستمر ولأن كل واحد منهما يصلح نائبا عن صاحبه في الحبيس فانعقد العقد موجبا للتهايؤ بين المرتهنين ابتداء.

وأمّا الشيوع الطارئ في الرهن فيه روايتان في رواية لا يفسده؛ لأن طرآن

المفسد لا يفسد العقد لما بينا، وفي رواية بأن القلب يفسده لما يأتي في كتاب الرهن.

وأمّا الهبة فتجوز هبة المشاع فيما لا يقسم ولا يجوز فيما يقسم خلافا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لما روي عن الصحابة أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة والحيازة يراد بها القسمة هنا ولأنه لو صحت الهبة وأفادت الملك للموهوب له قبل القسمة لثبت له حق المطالبة بالقسمة؛ لأن الملك مطلق له الانتفاع للملوك ولا يتهيأ له جميع أنواع الانتفاعات بالملك إلا بالقسمة فصار الملك عليه لاستحقاق المطالبة بالقسمة والملك ثابت بالهبة وكان حق المطالبة بالقسمة بواسطة الملك مضافا إلى التبرع فيصير تبرعه سببًا للزوم ما لم تتبرع به وهذا لا يجوز؛ لأنه يصير الإحسان حملا للمنعم عليه على إساءة المنعم بمطالبته القسمة وجره إلى باب القاضي فيصير كفرانا من المنعم عليه، وهذا لا يجوز فوجب أن يتوقف الملك على القسمة دفعًا للإساءة والضرب عن المتبرع، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض.

فأمّا هبة المشاع فيما لا ينقسم يفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لأنها لا يمكن.

وأمّا المهايأة فلا يجب في ظاهر الرواية لأنها إعارة، فإن كل واحد منهما يصير معيرًا بصفة من صاحبه والجبر على الإعارة غير مشروع وفي رواية يجب؛ لأنه لو لم يتحمل وجوب المهايأة ينسد باب الهبة في مشاع لا ينقسم، والحاجة داعية إلى هبته فجوزناها للضرورة إذ باب الهبة مفتوح فيما يؤدي إلى انسدادها يكون باطلًا، وأمّا فيما ينقسم أمكن توقيفا لملك على وجود القسمة من غير أن يلحق المتبرع بتبرعه ضمان لم يتبرع به ثم الحد الفاصل بينما يحتمل القسمة وبينما لا يحتمل وهو أن كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير ونحوه، وإن كان لا يجبره فهو مما لا يحتمل القسمة كالعبد والحمام والبيت الصغير والحائط.

وإن وهب مشاعًا ينقسم لشريكه لا يجوز خلافا لابن أبي ليلى؛ لأن الشيوع إنّما صار مانعًا جواز الهبة لمعنيين:

أحدهما: لكي لا يلزم المتبرع بتبرعه ضمان المقاسمة ولا يلحقه ضرر المطالبة.

والثاني: أن بالشيوع يمكن النقصان في القبض الكامل لا يتصور في الشائع؛ لأنه لا تتحقق فيه صورة القبض وهذا الأخذ بالتراحم واحتمال اليد عليه، ولا لمعنى وهو التمكن من الانتفاع وإنما يتصور كلاهما بقبض الكل وكان قبض المشاع بقبض غيره والقائم بغيره عدم في نفسه فكان ناقصًا وفي حق الشريك إن لم يوجد ضمان المقاسمة فقد وجد يمكن القصور فصار الشيوع في حقه مانعا لهذا بخلاف ما لو أجاز المشاع من شريكه؛ لأن الجواز ثمة معلق بتمكنه من استيفاء المنفعة لا بالقبض وقد تمكن الشريك من استيفاء منفعة النصف باستيفاء الكل.

ولو وهب النصف فقسم ثم سلّم الكل جازت؛ لأن المانع هو الشيوع وقت التسليم؛ لأنه وقت ثبوت الحكم لا قبله لما بينا.

ولو وهب ما يقسم لرجلين واقتصهما لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك الصدقة وعندهما يجوز وذكر في الجامع الصغير أن الصدقة تجوز اتفاقا.

لهما: أنه عرى العقد والتسليم عن الإشاعة؛ لأنه وهب الكل منهمَا صفقة وسلم الكل إليهما دفعة إلا أنه ثبت الملك لكل واحد في النصف لا بموجب التمليك؛ لأن موجب تمليك الكل بينهما ثبوت الملك لهما في الكل لا لكل واحد في النصف ولكن ثبت الملك لكل واحد في النصف لضرورة المراحمة تثبت لا بموجب الصيغة، له أنه يمكن الشيوع في العقد والقبض؛ لأنه ملك من كل واحد نصفه بدليل أنه يثبت الملك لكل واحد في النصف وثبوت الملك موجب التمليك المضاف إلى النصف لا باعتبار ضرورة المزاحمة؛ لأن الحكم يثبت على وفق قضية الصيغة لا على خلافهما وعلى أن الخلاف ثابت فيما إذا قال وهبت الدار منكما نصفها منك ونصفها منك وهنا وجد التنصيص على التنصيف في الملك فيحقق الشيوع في العقد والتسليم فمنع جوازها بخلاف ما لو رهن لواحد من رجلين جاز؛ لأنه لم يتمكن الشيوع فيه؛ لأن رهن الدار منهما رهن من كل واحد منهما، كالأجنبي

استحق كل واحد منهما حبس جميع المرهون بدينه حتى لو قضى دين أحدهما كان للآخر حبس كله بدينه.

وأمّا الصدقة على اثنين تجوز على رواية الجامع الصغير؛ لأن الصدقة تقع لله تعالى والفقير نائب عنه في القبض ولا شيوع في حق الله تعالى ولا يجوز على رواية الأصل؛ لأن الصدقة تقع لله تعالى في ضمن ملك الفقير لا ابتداء؛ لأن التمليك من الله تعالى ابتداء لا يتصور والملك للفقير لا يثبت في الشائع، فإنه لا يتم قبض الفقير فلم تقع لله تعالى في ضمنه، فإن وهب لأحدهما ثلثها ولآخر ثلثيها وسلم لا يجوز عندهما ويجزئ عند محمد، فأبو حنيفة رحمه الله مر على أصله أن الشيوع متمكن فيه حالة التفضيل كما في حالة المساواة ومحمد مر على أصله أن التمليك والتسليم وقع إليهما مطلقًا والتفاوت في الملك ثبت لشرط تفاوت الأنصباء لا بموجب العقد كما لو نصّ على التنصيف، وأبو يوسف فرق بين حالة التفضيل وحالة التسوية وهو أن التفضيل بالتفضيل صحيح لا يفيد من الحكم ما لا يفيده مطلق العقد؛ لأن وقوع الملك على التفاوت، والتفاضل يثبت بالشرط لا بمطلق العقد فصار موجبًا شيوعا في العقد فتحقق المانع كما لو رهن من رجلين ثلثه من هذا وثلثاه من آخر.

فأمّا التنصيص على التنصيف غير صحيح؛ لأنه لا يفيد إلا ما يفيده مطلق العقد؛ لأن بدون التنصيص يفيد العقد ثبوت الملك لكل واحد في النصف فلغي، ولو وهبا لرجل وأقبضاه يجوز؛ لأنه لا يتمكن الشيوع في العقد ولا في القبض؛ لأن الملك ثبت للموهوب له في جميع الدار وقبضه لا في كلها عينا عبد بين رجلين قال أحدهما لصاحبه أو لآخر: وهبت لك نصيبي منه ولم يسم ولم يعلمه لم يجز؛ لأن هذه جهالة يوقعها في المنازعة؛ لأن الموهوب له يقول ملكت نصيبك النصف والواهب يقول لا بل ملكت الثلث فيتنازعان.

فأمّا إذا علم الموهوب له نصيب الواهب ينبغي أن يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز كما لو باع نصيبه من عبد بينه وبين آخر، فإن لم يعلم المشتري نصيبه لا يجوز وإن علم جاز عنده وعندهما لا يجوز ما لم يعلما.

الصغير فبقي النصف الآخر سابقا بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما؛ لأن ثمة لا شيوع في العقد ولا في القبض، أما بين عبد بين رجلين وهب أحدهما لهذا العبد شيئًا، فإن كان الموهوب ممّا يحتمل القسمة لا يصح أصلا؛ لأنها لما لم تصح في نصيب الواهب حصل في نصيب غير الواهب هبة مشاع يحتمل القسمة، وإن كان مما لا يحتمل القسمة يصح في نصيب صاحبه؛ لأنه حصل هبة مشاع لا يحتمل القسمة.

ولو وهب أحد الشريكين حصّته من الربح لآخر، فإن كان المال قائما لم يصح؛ لأنه هبة مشاع يحتمل القسمة، وإن كان مستهلكا صح؛ لأنه هبة مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن الدين لا يحتمل القسمة والهبة الفاسدة مضمونة بالقبض نص عليه محمد في المضاربة فقال: إذا دفع رجل إلى رجل ألفا وقال: نصفها مضاربة ونصفها هبة لك فهلكت الألف في يده ضمن المضارب حصّة الهبة وهذه هبة فاسدة؛ لأنها هبة مشاع يحتمل القسمة وذلك أن الهبة الفاسدة انقلبت عقد معاوضة لأنهما قصدا إثبات الملك والتبرع الصحيح لا يفيد الملك إلا بعد القبض والمعاوضة الفاسدة لا تعقد الملك إلا بعد القبض، فإذا انضاف الفساد إلى التبرع لا يفيد الملك عند القبض لأنا لو أوجبنا الملك في التبرع الفاسد بمجرد القبض من غير ضمان لسوّينا بين الجائز والفاسد فلا بد من قرينة تنضم إليه ولها أثر في إفادة الملك ليتقوى بالقرينة فيعمل في إفادة الملك وليست تلك القرينة إلا العوض فانقلبت عقد معاوضة يفيد الملك عند القبض، وهل يثبت الملك للموهوب له بالقبض قيل تثبت لأنها لما انقلبت معاوضة والمعاوضة تفيد الملك عند القبض وكذا هذا وقيل لا يثبت إلا عند هذا العوض وعليه نص محمد في كتاب الحج من الأصل قال: لو وهب نصف دار من رجل وسلّمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز ولأنه لم يملكه.

وفي النوادر: قال أبو يوسف: وهب له نصف دار فقبضه ثم باعه لم تجز؛ لأن التبرع لما انقلب معاوضة يتوقف ثبوت الملك في العوضين على وجود قبض البدلين كما لو وهب بشرط العوض.

(باب ما يمنع الرجوع في الهبة وما لا يمنع)

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة أشياء خمسة:

أحدها: القرابة المحرمية وصلة الزوجية.

والثاني: وصول العوض إليه.

والثالث: خروجها من ملك الموهوب له.

والرابع: موت الواهب أو الموهوب له.

والخامس: حدوث الزيادة أو التغيير في عينها.

أما القرابة المحرمية فلا رجوع في هبة ذي رحم محرم منه وهبة الزوجين ويرجع في هبة الأجنبي والمحرم غير ذي الرحم وذي الرحم غير المحرم.

وقال الشافعي: لا رجوع إلا فيما يهب الوالد لولده أو جده.

والصحيح قولنا؛ لقول النبي عليه السلام: "**الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها**" ولأن هذا عقد لم يفد للواهب غرضه ومطلوبه؛ لأن المقصود من جهة الأجانب هو المكافأة بالعوض؛ لأنه يقصد بها التودد والتحبب عرفا وتبرعا لكن المودة والمحبة أمر باطن منكم والمكافاة والمهاداة دلالة ظاهرة على المحبة الباطنة؛ لأن الطباع جبلت على حب المال والنفوس طبعت على الشح والضنة ببدله، فإذا بدل ما هو محبوب طبعه دل ذلك على إظهار مودّته وصداقته فصارت المكافأة مطلوبة لغيرها وهو حقيق المودة والمحبّة لا لعينها، ولهذا قيل الأيادي قروض وهذا هو العرف المألوف والأمر المندوب قال عليه السلام: "**تهادوا تحابوا**"، فإذا لم يعوض فات مطلوب الواهب من هبته فيظهر أنه لم يكن راضيا بلزومها فتظهر أنها لم تكن لازمة فتمكن من فسخها وكذا كل قرين ليس بينهما قرابة محرمة للقطعية فهو بمنزلة الأجنبي؛ لأنه يقصد منه المكافأة والتعوض عادة كما في الأجنبي.

وأمّا ذو الرحم المحرم فلقول عمر رضي الله عنه: من وهب هبة لذي رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها، وتأويل قوله عليه السلام: "**لا يحل للواهب**

أن يرجع في هبته" إذ الوالد فيما يهب لولده، فإنه يحل له الأخذ بغير قضاء ورضا إذا احتاج إليه ولأنه حصل للواهب منها مقصوده وهو صلة الرحم وصلة الزوجية والألفة والمودة وفي الرجوع قطيعة الرحم؛ لأنه يورث الوحشة والنفرة عنه فانحسم باب الرجوع صيانة للقرابة عن القطيعة وإبقاء للزوجية على الألفة والمودة فكانت صلة القرابة والزوجية بمعنى التعويض وسواء كان أحدهما مسلما أو كافرا؛ لأن المسلم غير ممنوع عن البرّ والصلة في حق قريبه الكافر؛ لأن البرّ والإحسان ربما تستجلب قلبه وتستميل إلى نفسه فيحمله على الإسلام ويكره الرجوع في الهبة، وإن كان جائزا في الحكم لقوله عليه السلام: "**العائد في هبته كالعائد في فيئه**" وأنه من باب الخساسة والدناءة ولا يصح الرجوع في الهبة إلا بقضاء أو رضا؛ لأنه فسخ بعد تمام العقد وثبوت حكمه وضرورة الهبة ملكا للواهب رقبة وتصرفا فلا ينفسخ إلا بفسخ من له ولاية الفسخ وهو القاضي أو المتعاقدان كما في الردّ بالعيب بعد القبض وتصرف الموهوب له بيعًا وعتقًا قبل القضاء بالرجوع جائز؛ لأنه صادف ملكه ولا يجوز بعد القضاء؛ لأن العقد انفسخ بالقضاء وعادت الهبة إلى ملك الواهب فصار تصرفه في ملك غيره فلا يجوز وهي أمانة في يده بعد القضاء لا يضمنها إلا بالمنع؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة والأمانة لا تنقلب إلّا بالتعدي والخيانة. وهب لامرأة ثم تزوجها له الرجوع؛ لأن الهبة وقعت موجبة حق الرجوع لانعدام الزوجية عندها فوقعت غير لازمة فلا تبطل حق الرجوع بحدوث الزوجية من بعد.

ولو وهب لامرأته ثم أبانها لا يرجع؛ لأن الزوجية وجدت حالة الهبة فوقعت لازمة غير موجبة الرجوع فلا توجب حق الرجوع من بعد. ولو وهب لأخيه وهو عبد لغيره له أن يرجع.

ولو وهب لعبد أخيه له الرجوع عند أبي حنيفة، وعندهما: لا رجوع له.

لهما: أن الملك في الهبة تقع للمولى فتكون الهبة صلة من المولى؛ لأن معنى الصلة تحصل بالملك لا بالعقد، ولهذا لو وهب لأخيه له الرجوع؛ لأن صلة الرحم لم تحصل معه والمانع من الرجوع هو صلة الرحم فمتى تحققت الصّلة بالملك

تعتبر جانب من يقع له الملك لا جانب من يقع له العقد، فإن كان من يقع له الملك هو المولى ذا رحم محرم منه لا يرجع وإلا فيرجع. له: أن هذه هبة للعبد من وجه باعتبار أن العقد وقع له بدليل أنه يعتبر قبول العبد ورده، والملك يقع له أولًا ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ من حاجته حتى لو كان عليه دين لا ينتقل إلى المولى وهبة للمولى من وجه باعتبار أنها تستقر على ملكه فلا يكون صلة كاملة في حق كل واحد منهما والصلة الكاملة مانعة من الرجوع فلا يتعدى إلى الصلة القاصرة؛ لأنه وقع الشك في كونها مانعة من الرجوع، والأصل في الهبات هو الرجوع فلا يبطل حق الرجوع بالشك.

ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة رحمهم الله أن يرجع؛ لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: ليس له أن يرجع في قولهم جميعًا؛ لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع.

ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه، فإن أدّى المكاتب، فعتق لم يرجع؛ لأنه استقر الملك عليه فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وإن عجز فعند محمد لا يرجع؛ لأن الكسب كان للمكاتب ثم ينتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب وانتقال الملك يمنع الرجوع، وعند أبي يوسف يرجع؛ لأن من أصله أن بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى في وقت الكسب والهبة لما بينا، ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب، فإن عتق المكاتب يرجع؛ لأن الملك وقع للأجنبي، وإن عجز فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه.

(فصل)

التعويض مانع من الرجوع في الهبة لما روينا. ثم العوض نوعان: عوض مشروط في العقد وعوض متأخر عن العقد. أمّا العوض المشروط في العقد بأن

وهب لرجل عبدًا على أن يعوضه ثوبا فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا، فإذا تقابضا فهو بمنزلة البيع يرد أن بالعيب ويجب به الشفعة في العقار إلا في خصلتين:

إحداهما: أنه لا يجوز في المشاع.

والثانية: أنه لا يجوز للأب أن يهب مال ابنه الصغير بعوض خلافًا لمحمد لما مرّ.

وقال زفر والشافعي: هو بمنزلة البيع في الابتداء.

لهما: أن الهبة بشرط العوض تبرع لفظًا معاوضة معنى وبين التبرع والمعاوضة مضادة في الأحكام، والعبرة في العقود للمعاني فكان اعتبارها معاوضة معنى أولى كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة.

لنا: أن الهبة بشرط العوض تبرع لفظا معاوضةً معنى فالعمل بهما ممكن، فإن التبرع يحتمل الانقلاب معاوضة والبيع يحتمل معنى الهبة، فإن البيع الفاسد يتراخى حكمه إلى وقت القبض فعملنا بهما جميعا فجعلناها هبة وتبرعًا ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض، ولا يصح في المشاع وتبعا وانتهاء حتى إذا اتصل القبض بالبدلين يثبت حكم البيع فيه من ثبوت حق الرد والشفعة وغيره، فإن استحق ما في يد أحدهما رجع بماله إن كان قائما وبقيمته إن كان هالكًا؛ لأن كل واحد من المالين عوض عن الأجر فمتى تم يسلم له العوض كان له الرجوع بالمعوض كما في البيع.

وأما العوض المتأخر عن العقد فلا يخلو إما أن أضافه إلى الهبة أو لم يضف ولا يخلو فإما أن عوض عن كلها أو عن بعضها، فإن أضاف العوض إلى الهبة بأن قال: هذا عوض عن هبتك أو مكان هبتك أو ثواب منها أو كافأتك أو جاريتك أو أثبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا عليك بدلًا عن هبتك فهذا كله عوض ويكون العوض هبة تصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به الهبة ويتوقف الملك فيه على القبض ولا تكون في معنى المعاوضة ابتداء ولا انتهاء؛ لأن التعويض من الموهوب له لإسقاط حق الرجوع ولتأكد ملكه في الموهوب لا بإزاء أصل الملك؛ لأن أصل الملك ثبت له بالعوض حقيقة ولكن لم يكن متأكدًا وإنما صار متأكدًا

بالتعويض فصار العوض بإزاء تأكد ملكه فلا يكون معاوضة في حق أصل الملك حقيقة فلا يثبت للشفيع الشفعة ولا للموهوب له الرد بالعيب؛ لأن هذه ليست بمعاوضة في حق الواهب.

وأمّا إذا لم يضف العوض إليها، بأن وهب الموهوب له للواهب شيئًا ولم يقل عوض من هبتك فلكل واحد منهما الرجوع فيما وهب؛ لأن هذا تمليك مبتدأ وليس بتعويض وحق الرجوع إنما يبطل بالتعويض لا بتمليك مبتدإ.

وأمّا إذا عوضه عن كلها وقبض الواهب العوض، فإنه لا يرجع في هبته ولا الموهوب له في عوضه قلّ العوض أو كثر أو كان من خلاف جنسه؛ لأنه حصل للواهب من الهبة عوضه وهو المكافأة وسلم للموهوب له مقصوده وهو تأكد ملكه في الهبة بسقوط حق الرجوع فلزم العقد وانبرم والعوض يدل على إسقاط حق الواهب في الرجوع ولا ربا فيه فيتقدر بما اتفقا عليه.

وأما إذا عوضه من نصف هبته فللواهب أن يرجع فيما بقي؛ لأن حق الرجوع ثابت في كل جزء منه بدليل أنه لو رجع في البعض دون البعض صح والمانع هو التعويض فيتقدر بقدره. وهب لرجلين فعوضه أحدهما له أن يرجع في نصيب الآخر خاصة لما عرف.

وإن عوضه على الكل لا يرجع في شيء، وكذلك لو عوضه رجل أجنبي عن الموهوب له؛ لأنه حصل مقصوده وهو وصول العوض إليه ولا يرجع المعوض على صاحبه، وإن كان التعويض بأمره؛ لأن التعويض تبرع وإذا أمره بفعل هو تبرع بنفسه لم يجب على الآمر ضمان إلا بالتنصيص عليه، فإن قال عوض عني على أني ضامن، كما لو قال لآخر هب فلانا عني ألف درهم فوهب أو أدركوه مالي أو كفر يميني ففعل لم يرجع عليه إلا أن يقول على أني ضامن بخلاف المأمور بقضاء الدين لما مر في الزكاة فلا تعيده.

ولو وهب له ألف درهم فعوضه واحدًا من الألف أو وهبه دارًا وثوبًا فعوضه الثوب عن الدار لم يكن عوضًا استحسانًا وهو فسخ للهبة في ذلك القدر ويرجع في الباقي إن شاء؛ لأنه في نفسه موهوب فلا يصلح عوضًا عن الباقي في عقد واحد؛

لأن للواهب حق الرجوع فيه فكان له أن يأخذه بجهة الرجوع لا بجهة العوضية فلا يصلح عوضًا مانعًا من الرجوع في حقه.

ولو وهب له حنطة فعوضه دقيقها أو صبغ الثوب الموهوب فعوّضه به كان عوضًا؛ لأن التعويض يحصل من ملك الموهوب له من كل وجه؛ لأن بالتغير يمتنع حق الرجوع ويتأكّد ملكه فيه.

ولو وهب جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد منهما ليس له الرجوع؛ لأنه ليس للواهب حق الرجوع في الولد؛ لأنه غير موهوب فصلح أن يكون عوضًا عن الموهوب.

ولو وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر كان عوضًا ولم يذكر في الأصل خلافًا.

وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف: لا يكون عوضًا. له: أن حق الرجوع ثابت للواهب فيما عوض فيقع في الجهة المستحقة فلم يقع موقع العوض كما لو وهبهما في عقد واحد.

لهما: أن الشيء لا يصلح عوضا عن بعضه، أما يصلح عوضًا عن غيره، فإذا عوضه عن غيره وأخذه الواهب بجهة العوضية عن هبة أخرى جاز أن يقع موضع العوض وحق الرجوع لا يمنع وقوعه عوضًا عن جهة أخرى كما لو باعه منه يقع عن جهة البيع حتى لو قصد الواهب الأخذ بجهة الرجوع فيما لا يقع عن جهة العوض.

ولو كانت هبة وصدقة فعوضه الصدقة عن الهبة كانت عوضًا؛ لأنه لا رجوع في الصدقة والجهة قد اختلفت فوقعت موقع العوض. عبد تاجر وهب لرجل شيئًا فعوضه منه فلكل واحد منهمَا الرجوع؛ لأن العبد حين وهب كان متبرعًا وبعدما أخذ العوض إن صار هذا معاوضة في حق الموهوب له لم يصر معاوضة في حق العبد لما بينا فبقي تبرعا في حقه فلا يجوز. وهب للصغير فعوضه الأب لا يجوز؛ لأن التعويض تبرع من وجه فلا يملكه الأب. وهب مال غيره فأجاز المالك جاز وحق الرجوع له دون الواهب؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة والوكيل في

باب الهبة سفير ومعبر؛ لأنه لا حقوق للعبد إلا التسليم، والتسليم من تمام العقد لا من حقوقه فصار كما لو كان رسولا فيها.

ولو استحقت الهبة رجع في العوض إن كان قائما وبقيمته إن كان هالكًا؛ لأنه ملكه العوض بشرط أن يسلم له المعوض ملكا مؤكدا وإذا لم يسلم له رجع بالعوض لفوات مقصوده بالتعويض وصار كما لو كان العوض مشروطا في الهبة إذ المعروف كالمشروط، فإن استحق نصف الهبة رجع في نصفه؛ لأنه عوضه ليسلم له ما بإزائه من المعوض فثبتت المعاوضة بين الهبة والعوض في حق الموهوب له فيقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض فبقدر ما لم تسلم له من الهبة يرجع في عوضه وبقدر ما سلم لا يرجع كما في الشراء، وإن استحق العوض رجع في الهبة إن كانت قائمة ولم يرجع بقيمتها إن كانت هالكة؛ لأن مقصود الواهب من الهبة التودد والتحبب بالمكافأة بعوض المالي حال قيام الهبة وحال هلاكها فمقصوده التودد والتحبب لا غير؛ لأن أخذ الضمان حال هلاكها إيحاش وإيذاء بالموهوب له وأنه ضدّ التحبيب وإيذاء فيكون خلاف موضوع عقد الهبة وإن استحق نصف العوض، فإن يشإ الواهب رد ما بقي من العوض ورجع في جميع هبته، وإن شاء أمسك ما بقي ولا يرجع في شيء من هبته.

وقال زفر: له أن يرجع بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض. له: أن بالتعويض تثبت المعاوضة بينهما في حق الموهوب له حتى انقسمت أجزاء العوض على أجزاء الهبة فكذا ثبتت المعاوضة في حق الواهب؛ لأن المعاوضة لا تستقل بأحد الطرفين بل تقوم بالجانبين.

ولو استحق بعض الهبة كان للموهوب له أن يرجع فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع.

لنَا: أن الموهوب له ملكه العوض ليسلم له ما بإزائه وهو تأكد الملك في الهبة فتحققت المعاوضة فرجعت، فأمّا الواهب ما ملكه الهبة متعوضا بل ملكه متبرعا والموهوب له يستفيد أصل الملك في الهبة مجانا لا متعوضا؛ لأن أصل الملك كان ثابتا له قبل التعويض فلم تتحقق المعاوضة في حق الواهب فاستحقاق العوض لا

يوجب للواهب حق الرجوع في الهبة؛ لأن ثبوت الملك فيها يستغني عن وجود العوض فبقاء الملك فيها أولى أن يستغنى عن بقاء العوض وما بقي لم يصلح عوضًا فصار كل جزء من العوض في حقه مقابلًا بجميع الهبة إلا أنه ثبت للواهب الخيار؛ لأنه ما رضي بسقوط حقه في الرجوع إلا بسلامة كل العوض له، فإذا لم يسلم له كل العوض له أن يرجع، وإن كانت الهبة والعوض ممّا يقسمان فاستحق بعض أحدهما، فإن وهب دارا فاستحق نصفها بطلت الهبة فيما بقي؛ لأن باستحقاق نصفها شائعا ظهر أن الشيوع كان مقارنا للعقد والقبض فيمنع جواز الهبة بخلاف ما لو وهب دارا ثم رجع في نصفها لا يفسد؛ لأن هذا شيوع طارئ والشيوع الطارئ لا يبطل العقد؛ لأن القبض كان كاملًا وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء الملك، ولو استحق ثبت منها جازت فيما بقي لأنّ الهبة في الباقي بقيت في المقرر فيجوز.

(النوادر): رجل وهب من رجل أرضًا وسلمها إليه واشترط على الموهوب له أن ينفق على الواهب من الخارج فالهبة فاسدة؛ لأن الخارج مال الموهوب له؛ لأنه خرج من بذره، فإذا شرط عليه ذلك فقد شرط عوضًا مجهولا فتبطل الهبة.

ولو كان الموهوب كرمًا وشرط أن ينفق عليه من ثمره تصح الهبة ويبطل الشرط؛ لأنه شرط ردّ بعض الهبة فيكون شرطا فاسدا فتصح الهبة ويبطل الشرط كشرط المعمر.

وذكر أبو الليث في نوازله: امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فقبل الزوج الهبة، فإن جعل الأمر بيدها فالهبة ماضية، وإن لم يجعل فكذلك، وكذلك لو وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل ثم طلقها فالهبة ماضية هكذا اختاره بعض مشايخنا وقيل: الزوج إذا لم يفِ بما شرطت تبطل الهبة؛ لأن الرضا بالهبة كان معلقا شرطيا، فإذا انعدم الشرط انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا ونظيره مرّ في كتاب النكاح.

لو قال لامرأته: أبرئيني عن مهرك حتى أهب لك كذا فأبرأته ثم أبى الزوج أن يهبها أو تركت مهرها على الزوج على أن يحج بها فالأصح أنّ مهرها على حاله فكذا هذا وكذلك على هذا الخلاف لو وهبت لزوجها شيئًا على أن يمكث معها ولا يعيب ثم عاب.

ولو قال: وهبت منك إن مكث معي فالهبة باطلة لأنها معلقة بالشرط، ولو صالحته على أن يمكث معها على هذا الحائط فالصلح باطل.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو وهب جارية فزوّجها من الواهب بعد القبض وجعل مهرها عوضا منها جاز، ولو أجرها وجعل الأجر عوضا، عقيب العقد لم يكن عوضًا حتى يمضي يوم، والفرق أن المهر وجب بنفس العقد والأجرة لم تجب بنفس العقد، فإذا مضى يوم وجب من الأجر بقسطه فجاز أن يكون عوضا.

وذكر الجرجاني في الآحاد: لو تفاسخا الهبة ثم وهبها منه هبة مستقبلة لم يتم إلا بالقبض، ولو قبضها الموهوب له فلا رجوع فيها؛ لأن هذه هبة بشرط العوض معنى لأنها متى تقايلا حصل فيها معنى المعاوضة؛ لأنه تملكه من الواهب.

(فصل)

وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ببيع أو هبة ويحوه يمنع الرجوع؛ لأنه لا يمكنه فسخ تصرف الموهوب له؛ لأنه بتسليطه عليه، فقد تصرف في حقه وتعلق به حق غيره فلا يملك إبطاله بالفسخ والموهوب له الثاني لم يتلقَّ الملك من جهة الواهب الأول فلا يملك الرجوع وملكه لم يوجبه.

ولو وهب الموهوب له من آخر ثم رجع فللأول أن يرجع فيها.

وقال زفر: إن رجع برضاه ليس للأول أن يرجع فيها؛ لأنه يكون عقدًا جديدًا في حق التالف كما في الردّ بالعيب.

لنا: أن الهبة كما وقعت وقعت موجبة له حق الفسخ لا موجبة العوض له لكن إذا وجد العوض يلزم العقد فيمتنع الفسخ فكان الفسخ غبن حقه باعتبار مقتضى العقد وموجبه والعوض بدل عنه باعتبار مقصوده فكان بالفسخ مستوفيًا حقًّا ثابتًا له بالعقد فيظهر الفسخ مطلقًا في حق الكل فعاد إليه قديم ملكه فيعود الحق المتمكن وهو حق الواهب الأول بخلاف الرد بالعيب؛ لأن حق المشتري في صفة سلامة المبيع باعتبار مقتضى العقد لا في الفسخ، فإذا فاتت السلامة فات المشروط فيثبت له حق الفسخ ضرورة فلا يظهر حكم الفسخ في حق الثالث إلا بقضاء القاضي.

ولو تصدق به الثالث على الثاني أو باعها منه لم يكن للأول أن يرجع لأن هذا ملك جديد؛ لأنه عاد إليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع، وكذلك لو كان الموهوب هالكا لأن بزوال الملك مع قيام الموهوب يمتنع الرجوع فبزوالهما أولى، وكذلك موت الواهب أو الموهوب له يمنع الرجوع؛ لأن الثابت للواهب مجرد خيار الفسخ ومجرد الخيار يبطل بالموت ولا يورث كخيار الشرط وبموت الموهوب له ينتقل ملكه إلى الورثة، والانتقال من ملكه يمنع الرجوع كما في البيع والهبة وأيهما مات قبل القبض بطلت الهبة؛ لأن الموهوب قبل القبض كان باقيا على ملك الواهب، فإذا مات الموهوب له فلأنه لم يملكها قبل القبض والقبض بمنزلة القبول في الهبة وخيار القبول لا يورث كما في المشترى.

(فصل)

ولو ازداد الموهوب زيادة متصلة بأن كانت مهزولة فسمنت أو كانت جارية صغيرة أو غلاما فكبرت أو كانت دارًا فبنى الموهوب له فيها بناء أو كانت أرضًا فغرس فيها أشجارا أو ثوبا فصبغه بعصفر أو قطعه قميصًا وخاطه ينقطع الرجوع خلافا لابن أبي ليلى؛ لأن الرجوع في هذه الحالة يتضمن إبطال حق الموهوب له في الزيادة؛ لأن حقه في الزيادة حقيقة الملك وحق الواهب في الرجوع ليس إلا مجرد حق التملك ومراعاة حقيقة الملك عن البطلان أولى من مراعاة حق التملك؛ لأنه دونه وفي البناء والأشجار إن رجع الواهب فيما لم يوجد البناء والأشجار يؤدي إلى إبطال مال مملوك على الموهوب له؛ لأن ما بقي له من البناء بدون الباقي لا يشترى في الغالب بمثل ما أنفق عليه في البناء فيفوت حقه في بعض ما أنفق في البناء من غير عوض؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بالبناء والأشجار إلا بالمكان الخالي منها بخلاف ما إذا ازداد الموهوب من حيث السعر، فإنه لا يمنع الرجوع؛ لأن الزيادة من حيث السعر زيادة في القيمة لا في العين، والرجوع في العين لا يتضمن إبطال حق الموهوب له، فأمّا إذا نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل.

ذكر في (المنتقى): أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع، وعند أبي يوسف لا ينقطع. له: أن الزيادة لم تحصل في العين وإنما حصلت في القيمة وهذا لا يمنع الرجوع كما لو ازدادت من حيث السعر في مكانها.

لهما: أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فأمّا إذا نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة في الكراء أو مؤونة النقل لأنه إنما يحمل مؤنة الكراء ليبيعه بالزيادة بخلاف المنفعة عليه قبل الرجوع؛ لأن النفقة تكون بإزاء منفعة الاستخدام، فتفوت النفقة بعوض فلا يعد فواتا فأمّا الكراء يفوت بغير عوض فيكون فواتا لحقه، فأمّا الزيادة المنفصلة كالوالد والأرش والعقر فإنه يرجع في الأصل دون الزيادة؛ لأنه يمكنه الرجوع في الأصل من غير إبطال ملك الموهوب له في الزيادة فلا يمتنع الرجوع في الأصل بسبب الزيادة وزيادة الموهوب له، وإن كانت موهوبة تبعا كزيادة المبيع ولكن لا تطلب له عوضًا عادة؛ لأنه لم يقصد الواهب بها الصلة والتبرع فلا يثبت له حق الرجوع فيها بخلاف زوائد المبيع حيث يمنع الرد بالعيب؛ لأن البيع معاوضة فلو رد الأصل بدون الزيادة تؤدي إلى الربا؛ لأنه يبقي الزيادة، فهذه مبيعة مجانة وفي الهبة يجوز أن يسلم له الأصل مجازًا فلأن يجوز أن تبقى الزيادة له مجانة أولى.

وذكر في (المنتقى): لو ولدت الجارية الموهوبة ليس له أن يرجع فيها حتى يستغني ولدها عنها لئلًا يكون تفريقا بينها وبين ولدها، ولو حبلت ولم يزدد خيرا فللواهب الرجوع؛ لأنه لم يتصل بالهبة حق للموهوب له ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو هدم بناء الدار الموهوبة أو قطع الثوب الموهوب ولم يخطه؛ لأن الرجوع بعد النقصان لا يتضمن إبطال حق الموهوب له، وكذا لو كانت الهبة سويقا فبله بالماء أو حنطة فبلها بالماء؛ لأن هذا نقصان مع بقاء عين الموهوب واسمه بخلاف ما لو وهب ترابا فبله بالماء لا يرجع؛ لأنه لم يبق اسم التراب بل صار طينًا فصار الموهوب مستهلكًا.

ولو بنى الموهوب له فأراد الواهب الرجوع فقال القاضي ليس لك الرجوع ثم هدم البناء فللواهب الرجوع؛ لأن المانع من الرجوع وهو البناء قد زال بالهدم

فيزول المنع كما في الزيادة المتصلة في الحيوان متى ذهبت عاد للواهب الرجوع وحق الرجوع لا يبطل بإبطال القاضي؛ لأنه لا يبطل بإبطال الواهب مقصودا؛ لأنه خيار يثبت شرعا لا شرطًا فشاء به خيار الرجعة وخيار الرؤية ونحوه مع أن القاضي لم يبطل حق الرجوع لكن امتنع عن القضاء بالرجوع لمكان الزيادة. الموهوب مريض فداواه الموهوب له انقطع الرجوع، وكذا لو كان أصم أو أعمى فسمع أو أبصر؛ لأنه ازدادت صفة الهبة صفة متقومة وهب عبدًا فدبره الموهوب له انقطع الرجوع؛ لأن المدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فمنع فسخ الهبة.

وإن كاتبه فعجز وردّ رقيقا وله الرجوع؛ لأن بالكتابة لم تزل الرقبة عن ملكه وإنما زال ملك التصرف وقد عاد إليه بالفسخ، ولو زالت الرقبة عن ملكه ثم عاد إليه بالفسخ فللواهب الرجوع فهنا أولى.

ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة؛ لأن جناية المملوك على المالك هدر إذا كانت توجب المال ولم ير فيه خير فلم يوجد المانع للرجوع.

جنى الموهوب ففداه الموهوب له للواهب الرجوع ولا يرد شيئًا من الفداء؛ لأن الهبة لم تزدد في نفسها بل انتقصت بالجناية ثم زال النقصان بالفداء فنعتبر ما فداه إعادة ما انتقص لا زيادة كما لو داوى الموهوب المريض حتى برأ ولا يرجع بالفداء؛ لأنه ظهر ملك نفسه عن لوث الجناية؛ لأنه بالرجوع يملكه الواهب مقصورا على الحال فلا يظهر أنه فدى ملك غيره وإن رجع فيه قبل أن يفديه كانت الجناية في عتق العبد يفديه الواهب أو يدفعه؛ لأن الرجوع في الهبة فسخ للعقد من الأصل فعاد إلى قديم ملكه فصار كأن العبد جنى في ملكه فيخاطب بالدفع أو الفداء كالمأسور إذا جنى واسترده المأسور منه وهب شجرة بأصلها فقطعها الموهوب له فله أن يرجع فيها.

وقال أبو عصمة: إنه خطأ إلا أن يريد بأصلها بعروقها لا بمكانها؛ لأنه وهبها بدون الأرض فالهبة تمت فيها بالقطع كما لو وهب الصوف على ظهر الشاة فالهبة

إنما تتم بالجز وإذا كان من تمام الهبة فما أنفق في القطع القلع قبل تمام الهبة فلم يوجب منه بعد تمام الهبة إنفاق ولا إحداث صنعة معتبرة في الهبة فله الرجوع، فإذا وهبها مع الأرض فالهبة قد تمت قبل القطع فما أنفق في القطع أنفق بعد تمام الهبة فرجوع الواهب فيها يبطل حق الموهوب له فيما أنفق فلا يرجع كما لو كانت الهبة أرضا فبنى فيها أو نقل الهبة إلى مكان ولحقه مؤونة وازدادت قيمتها وإن جعلها جذوعا لا يرجع، وإن لم يسقها ويرجع في موضعها من الأرض؛ لأنه أحدث فيها صنعة متقومة ازدادت قيمتها بتلك الصنعة فيقطع الرجوع كما في الغاصب وفي رواية أبي حفص إذا لم يشقها يرجع فيها؛ لأنه أحدث فيها صنعة تافهة غير معتبرة بدليل أنه لا عبرة لها في السرقة، فإنه كما لا يجب القطع بسرقة الشجر لا يجب بعدما جعلها جذوعا، والرواية الأولى أصح؛ لأن الصنعة، وإن كانت تافهة يسيرة لكن الزيادة وإن قلَّت في الهبة يمنع الرجوع صيانة لحق الموهوب له فكذا الصنعة وإن تافهت وقلت يمنع الرجوع بخلاف القطع؛ لأنه لا يجب إلا بسرقة مال نفيس والنفاسة لا تثبت بجعلها أجذاعا.

وهب ثوبا فشقه نصفين وخاط نصفه قباء له أن يرجع في النصف الباقي؛ لأنه لا مانع في النصف الباقي وهو إحداث الصنعة المتقومة.

وهب لبنًا فجعله طينًا يرجع؛ لأنه نقص الموهوب كما لو وهبه جذعًا فجعله حطيمًا، فإن أعاده لبنًا لم يرجع؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فلا يجوز تفويت الصنعة على الموهوب له، ولهذا يقطع حق المغصوب منه.

وهبه نجيحًا فجعله خلًا لم يرجع فيه كالغاصب إذا غصب عصيرًا فخلله ينقطع حق المالك؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فهذا أولى. وهبه حمامًا فعلق عليه بابا أو جصصه لا يرجع؛ لأنه ازدادت الهبة بإحداث الصنعة المتقومة فيها. وهبا عبدًا لرجل فلأحدهما الرجوع في نصيبه مع غيبة صاحبه؛ لأن الشيوع لا يمنع فسخ الهبة بدليل أن للواهب أن يرجع في بعض الهبة.

(المنتقى): رجل وهب لرجل وصيفًا فشب وكبر وشاخ وانتقصت قيمته ليس للواهب الرجوع؛ لأنه زاد في يديه وطال في جثته ثم نقص من وجه آخر بشيخوخته.

وذكر الناطفي في أجناسه: لو وهب أمه فسنت وكبرت له أن يرجع وكذلك جميع الحيوان، ولو كان طويلا فوهبه فازداد طوله فهذا الطول نقصان وكان أسمح له وينقص ثمنه ولا يزيده خيرا فللواهب الرجوع فيه.

ولو وهب لرجل عبدا فعلمه القرآن أو الكتابة أو العمل فللواهب الرجوع فيه خلافا لزفر؛ لأن هذا ليست بزيادة في عين الموهوب فصار كالزيادة من حيث السعر.

وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: ليس له أن يرجع؛ لأن هذا بعد زيادة تزداد به قيمته فصار كالزيادة من حيث النقل بالكراء من مكان إلى مكان.

وذكر الناطفي في أجناسه: لو وهب لرجل عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له لا يرجع؛ لأن الإسلام زيادة فيه.

ولو تزوّج امرأة على هذا العبد الكافر فأسلم بعد أن قبضته ثم طلقها قبل أن يدخل بها رجع الزوج عليها في نصف العبد فعلى هذا ينبغي أن يرجع في الهبة أيضا؛ لأن الإسلام ليس بزيادة في عين الموهوب.

وذكر ابن سماعة: لو وهب عبدا حلال الدم فعفا عن القصاص لا يرجع؛ لأن حرمة دمه وعصمة نفسه زيادة تزداد بها المالية والتقوم.

ولو وهب كِرْبَاسًا[1] فقصره الموهوب له لا يرجع؛ لأنه زيادة متصلة وصنعة متقومة، ولو غسله يرجع؛ لأنه ليس بزيادة في العين، ولو قبله لا يرجع إن كان يزيد في ثمنه وإلّا فيرجع، ولو ذبح الواهب الشاة الموهوبة بغير أمر الموهوب له ثم رجع فيها بغير قضاء ولا يعزم للموهوب له شيئًا، ولو كان الموهوب ثوبا فقطعه

(١) الكِرْباس والكِرْباسة: ثوب، فارسية، وبيَّاعُه كَرَابِيسِيّ.

التهذيب: الكِرْباس، بكسر الكاف، فارسي معرّب ينسب إليه بيّاعه فيقال كَرابيسيّ، والكِرباسة أَخص منه والجمع الكَرابيس.

وفي حديث عمر رضي اللّه عنه: وعليه قَمِيص من كَرابيسَ؛ هي جمع كِرْباس، وهو القُطْن.

ومنه حديث عبد الرحمن بن عوف، رضي اللّه عنه: فأَصبح وقد اعْتَمَّ بعِمامة كَرابيس سوداء.

والكِرْباسُ: راوُوق الخمر.

الواهب بغير أمره ثم رجع بغير قضاء ضمن فيه النقصان للموهوب له؛ لأن في الصورتين نقصًا لملك غيره لكن في الأولى اعتياض اللحم باللحم وزيادة لو ضمنها تكون ربا وذلك لا يجوز وفي الثانية اعتياض الثوب بالثوب وزيادة لو ضمنها جاز؛ لأنه لا يكون ربا.

ولو وهب حلقة فركب فيها فصار إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع وإن أمكنه نزعه بلا ضرر ينزع، وإن وهب له ورقه فكتب عليها سورة أو بعض سورة يرجع؛ لأنه لا يريد بهذا في ثمنه وإن قطعه مصحفا وكتب لا يرجع؛ لأن كتبه المصحف زيادة في الثمن، وإن كان دفاتر كتب فيها فقهًا أو حديثًا أو شعرًا إن كان يزيد في ثمنه لا يرجع، وإن كان ينقص يرجع.

(الزيادات) مسائله على سبعة أنواع: الرجوع في الهبة، والرجوع بسبب عيب في البدل، وبعيب في المبدل، وبالاستحقاق، وبفساد البيع، وتفسخ هبة المريض، وبالهلاك بسرقة أو غيرها، وكل فصل على وجهين رجوع قبل الذبح ورجوع بعده.

(الفصل الأول)

رجل وهب شاة أو بدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدي أوجب الصيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة وأوجبها تطوعا فللواهب أن يرجع في الروايات الظاهرة وعن أبي يوسف لا يرجع؛ لأنه لما عين لهذه القرب فقد تعلق به حق الله تعالى أو حق الفقير فيبطل حق الرجوع كما لو جعل الموهوب رهنًا أو وقفًا. وجه ظاهر الرواية: أن بالتعيين لهذه القربات لا يزول الموهوب عن ملكه، ولهذا تصح تصرفاته فيه كالبيع والهبة ونحوه فلا يمتنع الرجوع كالنصاب الموهوب إذا وجبت فيه الزكاة وكما لو نذر أن يتصدق بهذه الدراهم بخلاف الرهن؛ لأنه تعلق به حق المرتهن حقا يعجزه عن التسليم وهنا بخلافه ولا ضمان على الموهوب له إذا رجع الواهب بقضاء أو رضا؛ لأن الاستحقاق بمنزلة الهلاك كما في نصاب الزكاة، فإن ذبح الأضحية والهدي فللواهب الرجوع وهذا قول محمد.

وعند أبي يوسف: لا يرجع وهذا الخلاف مذكور في الأصل وقيل بأن قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

لمحمد: أن هذه القربة تتأدى بإراقة الدم؛ لأن التصدق باللحم بل العين بعد الإراقة يبقى على ملكه حتى يملك نقله إلى ملك غيره ويورث عنه ولم يتعلق به حق الغير حتى لو استهلكه على وجه لم يؤذن له بأن أحرقه بالنار لم يضمن لكن منع عن بيعه بالدراهم باعتبار أن سبيله التصدق لا باعتبار زواله عن ملكه.

لهما: أنه تعلق بالمذبوح والمنحور حق الله تعالى وهو التصدق بدليل أنه صار ممنوعا عن بيعه.

ولو باعه لزمه التصدق بثمنه وإنما صار ممنوعًا عن بيعه على سبيل التمول لا على سبيل الابتداع والتمتع حقًّا لله تعالى فوجب صرفه إلى حيث لا يبطل به حق الله تعالى من القربة والرجوع في الهبة يبطل ما يقام به القربة؛ لأنه بعد الرجوع يتموله كسائر الأموال وتعلق حق الغير به يمنع الرجوع كما لو وهب رهن من غيره بخلاف النذر؛ لأنه إيجاب قربة في الذمة فتعتبر بإيجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى من القربة في الذمة متعلقا بالمال كالزكاة لا تمنع الرجوع فهذا أولى.

ثم عند محمد رحمه الله إذا رجع بقضاء أو رضا ينظر إن كان الواجب عليه إراقة الدم على ملكه وبالرجوع لا يتبين لم يكن ملك الموهوب له، ولهذا لو كانت الهبة جارية فوطئها الموهوب له ثم رجع الواهب فيها لا يلزمه العقر، وإن كان الواجب عليه إراقة الدم والتصدق باللحم كجزاء الصيد وكفارة الحلق وهدي الإحصار يتصدق بقيمتها مَنْحورة؛ لأن التصدق باللحم هنا واجب وقد فات التصدق بفعله؛ لأنه حق فعل الذبح في محل الغير فيه حق مستحق له معنى بخلاف ما إذا هلك أو سرق منه اللحم في الفصول كلها لا ضمان عليه؛ لأن المحل ما فات بفعله فلم يصر مستهلكًا له فصار كما لو هلك المنذور بعينه أو سرق منه.

(والفصل الثاني)

اشترى شاة بفضة بعيبها أي بتراء فذبحها المشتري للأضحية ثم وجد البائع بالفضة عيبا، فإن شاء ردها وأخذ الشاة مذبوحة؛ لأن الذبح نقصان محض والنقصان يمنع الرد بحق الراهن البائع، فإذا رضي به ردها ثم إن كانت قيمة الفضة مثل قيمة

اللحم أو أكثر تصدق بها المشتري، وإن لم يكن تصدّق بقيمة اللحم ولا يلزمه قيمتها حيّة؛ لأن البائع لما رد الفضة وأخذ اللحم فقد أخذه ببدل فصار كما لو باع لحم أضحيته بالفضة، وإن كان الثمن كثيرًا تصدق بالكل؛ لأنه بدل أضحيته، وإن كان أقل تصدّق بقيمة اللحم ولا يجب عليه قيمتها حيّة؛ لأنه وجد منه إقامة القربة بإراقة الدم.

(والفصل الثالث)

فإن وجد المشتري بالشاة عيبا لا يخرجها من الهدي ترجع بحصّة البيع فيسلم له ذلك؛ لأن القربة وهي الإراقة لم تقم بالجزء الفائت فلا يتعلق حقهم بعوضه فلا يتصدق به إلا في جزاء الصيد، فإنه ينظر إن بلغت قيمة الشاة المعيبة قيمة الصيد يسلم له حصة النقصان أيضا، وإن لم تبلغ يتصدق بحصّة النقصان لإتمام قيمة الصيد بها، فإن رضي البائع بأخذ الشاة المذبوحة ورد الثمن فللمشتري أن يتصدق بالثمن إلّا حصة النقصان إلا في جزاء الصيد لما قلنا.

(والفصل الرابع)

اشترى بدنة شراء فاسدًا فنحرها عن متعة أو إحصار أو غيرهما، فإن أخذ البائع قيمتها جازت عن المشتري؛ لأنه ملكها بالضمان من وقت القبض كما لو غصب شاة فضحى بها وإن رضي بأخذها مذبوحة يتصدق المشتري بقيمة اللحم ويجزئه عن أي دم نحرها؛ لأن للبائع حق تضمين المشتري القيمة، فإذا لم تضمن سلمت القيمة للمشتري ترد المنحور فصار كأنه باع المنحور بقيمته منحورا؛ لأنه ليس للواهب أن يضمنه؛ لأن قبض الموهوب له لم يكن قبض ضمان فيرد المنحور لا تسلم له القيمة ولا يلزمه التصدق.

(والفصل الخامس)

وكذلك لو وهب مريض لرجل بدنة وعليه دين محيط فنحرها ثم مات الواهب فضمن قيمتها للغرماء أو لم يكن عليه دين فضمنه الورثة ثلثيها لأنها مضمونة عليه لفساد الهبة لتعلق حق الغرماء والورثة بها، فإن أخذ الغرماء أو الورثة لحمها يتصدق

الموهوب له بقيمتها منحورة؛ لأنه بالردّ سلم له ضمان القيمة فصار كأنه باعها بالقيمة كما في البيع الفاسد ولا يبطل الإراقة في الوجهين؛ لأنه بهذا الاستحقاق لا يتبين أنه لم يكن مالكها يومئذ فلا يتبين أن الإراقة ما حصلت على ملكه ولأن العقد إنما ينفسخ فيما بقي لا فيما تلاشى وهو الدم المراق فلا يتبين أن الإراقة لم تحصل في ملكه.

(والفصل السادس)

لو اشترى بدنة فنحرها عن بعض هذه الأشياء ثم استحقت فضمنه المستحق قيمتها جازت عما ذبح؛ لأنه ملكها من وقت القبض كالغاصب وإن أخذها منحورة لم يجز الدم عن شيء، وعاد المحصر حراما حتى ينحر عنه هدي آخر وعليه دم لإحلاله؛ لأنه تبين أنه لم يكن مالكا لها وقت النحر فتبين أن الإراقة حصلت على ملك غيره.

(والفصل السابع)

رجل قال: لله عليّ أن أنحر بدنة فنحر بدنة موهوبة له فرجع الواهب فعلى الموهوب له قيمتها منحورة؛ لأنه بالنذر التزم التصدق باللحم، فإن عين الإراقة لا يكون قربة إلّا في زمان مخصوص ومكان مخصوص ومن لم يسم ذلك في نذره فلم تكن الإراقة كقربة لعينها فإنما يصح نذره باعتبار التزام التصدق باللحم وقد لزمه ذلك في محل فارغ وهذا المحل كان مشغولا بحق الواهب فمتى استحق بالرجوع لم يوجد الوفاء بالنذور فعليه التصدق بقيمتها منحورة إتماما للوفاء بالمنذور، وإن رجع قبل النحر فعليه البدنة مكانها؛ لأنه لما تقيدت الموهوبة للنذور والواجب في ذمته نحر بدنة مطلقة إلا أنه قصد إقامة ذلك الواجب بهذه البدنة، فإذا لم يتمكن من ذلك برجوع الواهب بقي الواجب في ذمته، ولو نذر نحر الموهوبة فرجع قبل الذبح أو بعده فلا شيء عليه؛ لأنه التزم الحق في محل للغير فيه حق التملّك بالرجوع وإذا استحقه وملكه بالرجوع صار كأنه هلك حتف أنفه فلا يضمن.

ولو استهلكها الموهوب له بهبة مستقبلة للواهب أو لغيره بعد النحر تصدق بقيمتها منحورة؛ لأنه لما أخرجها عن ملكه باختياره صار مستهلكًا لها فصار ضامن المحل للفقراء وقبل النحر عليه أخرى مكانها؛ لأنه التزم النحر في هذا المحل والتصدق بالعين خلف عن التضحية ولم يقع اليأس عن الأصل فلا تصار إلى الخلف.

(باب الصدقة)

الصدقة بمنزلة الهبة حتى لا تجوز في المشاع ولا تتم إلا بالقبض لما بينا إلا أنه لا يرجع فيها؛ لأن المقصود من الصدقة هو التقرب وطلب نيل الثواب ودفع العقاب وردّ البلايا والمكاره دون المكافأة بالعوض وقد حصل هذا بنفس التصدق فلم يوجب له حق الرجوع فكان بمنزلة هبة عوّض عنها، وكذا لو تصدّق على غني؛ لأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الغني؛ لأنه قد يكون له نصاب وله عيال كثيرة لا يكفيه فيعينهم بالإنفاق فينال بالصدقة الثواب عليه وقد قيل بأنه لا يثاب على صدقة الغني ولكن المتصدق لما عبر بها عن الصدقة فقد أظهر أنه لم يطلب منه العوض المالي.

ولو وهب للفقير لا يجوز الرجوع؛ لأن الهبة من الفقير صارت عبارة عن الصدقة عرفا، فإنه في العرف لا يقصد من هبة الفقير إلا الصدقة؛ لأنه لا يطلب منها إلا التقرب ونيل الثواب فكانت صدقة عرفًا وقصدًا.

ولو ورث الصدقة من المتصدق عليه لا بأس بأكلها لما رُوي أن رجلا تصدق على رجل بصدقة ثم مات فورثه النبي صلى الله عليه وسلم من تلك الصدقة، ولأن المتصدق عليه لو أباح للمتصدق حلّ له أكله، فإذا ملكه بالإرث ويحدد المالك أولى أن يحل.

ولو قال في صحته: جعلت علة داري هذه صدقة في المساكين ثم مات فهي ميراث لورثته وما دام حيا فعليه أن يتصدق بها؛ لأن هذا نذر بالتصدّق ووجوب التصدق بمال لا يخرج المنذور عن ملكه قبل الإمضاء والتنفيذ كمال الزكاة ومتى بقي على ملكه كان ميراثا عنه.

ولو قال: داري هذه صدقة في المساكين فعليه أن يتصدق بها، فإن تصدق بقيمة الدار أجزأه لما عرف في دفع القيم في الزكاة ونحوها.

ولو قال: مالي صدقة في المساكين أو جميع مالي صدقة في المساكين فهو على أموال الزكاة استحسانًا وهو على جميع ماله قياسًا وهو قول زفر؛ لأنه أضاف النذر إلى الكل كما في الوصية.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى؛ لأن العبد لا يملك الإيجاب مبتدأ وإنما يصح إيجابه على إيجاب الله تعالى وصفته ونهجه كما بينا في كتاب النذر وإيجاب الله تعالى الصدقة في الأموال المطلقة تناول الأموال الزكوية دون أموال الغيبة وكذا إيجاب العبد كمن نذر إطعام مساكين لزمه إطعام عشرة مساكين بخلاف الوصية؛ لأن الشرع ورد بإيجاب الوصية مطلقًا غير مقيد بمال الزكاة.

وأما الأراضي العشرية هل يدخل فيه؟، قال أبو يوسف: يدخل؛ لأنها سبب لوجوب الصدقة وهي العشر وجهة القربة فيه غالبة فشابه أموال الزكاة.

وقال محمد: لا يدخل لأنها سبب لوجود المؤونة وجهه المؤونة فيه غالبة فشابه الأراضي الخراجية، والأراضي الخراجية لا تدخل بإجماع.

ولو قال: ما أملكه أو جميع ما أملكه صدقة في المساكين ذكر في المبسوط أنه يتصدق بجميع ما يملكه ويمسك قوته قيل هذا جواب القياس.

وأما في الاستحسان يتصدق بمال الرغبة خاصة، وكذا ذكر الحاجب في مختصره: لأن الملك مذكور في الأصلين وهو قوله مالي وفي الثاني صريحًا فكان ذكر المال وذكر الملك سواء وقيل إنه يتصدق بجميع ماله قياسًا واستحسانًا؛ لأنه أضاف الصدقة إلى الملك لا إلى المال ولم يجد في الشرع إضافة الصدقة إلى الملك والمراد به مال الزكاة خاصة ليكون إيجاب العبد معتبرا به فلم يقم دليل التخصيص فتغيب العبرة لعموم اللفظ، وإن لم يكن له مال سواء الأموال الزكوية حتى يلزمه التصدق بالكل بالإنفاق فإنّه يمسك مقدار قوته ولم يتبين مقدار قوته.

وقال مشايخنا: إن كان دهقانًا يمسك قوت سنة؛ لأن القوت له يتحدد كل سنة، وإن كان تاجرًا يمسك قوت شهر؛ لأن التجارة لا تنفق كل حين وإنما تنفق في بعض الأحايين فقدَّرناه بشهر وقيل مقدار ما يرجع إليه ماله وإن كان محترفا يمسك قوت يومه؛ لأنه يتجدد له القوت كل يوم ثم إذا وجد شيئًا تصدق بمقدار ما أمسك من القوت؛ لأنه استهلك قدر القوت من مال لزمه التصدق به فصار ضامنًا لمثله دينًا في ذمته كما لو استهلك مال الزكاة، وذكر يحيى بن هلال في وقفه لو قال: أرضي صدقة في المساكين لا تصير صدقة لأنها مجهولة.

ولو قال: أرضي هذه صدقة وأشار إليها ولم يحدّها تصير صدقة؛ لأن الأرض بالإشارة صارت معلومة، وكذلك لو حدّدها ولا يشير إليها لأنها بالتحديد صارت معلومة فاستغنى عن الإشارة وتكون هذه صدقة التملك لا صدقة موقوفة؛ لأن قوله أرضي هذه صدقة يحتمل الصدقتين جميعا فحمل على صدقة التمليك لا صدقة موقوفة لأن قوله أعمّ وأغلب لأنها تجري في جميع أنواع المال والصدقة الموقوفة تجري في أموال مخصوصة والكلام يحمل على ما ينظم ويحتمل الأعم والأغلب؛ لأنه هو المتعارف كلفظة الطلاق حملت على الطلاق من النكاح لا من الوثاق؛ لأنه أعم وأغلب.

(النوادر) لو قال: إن فعلت كذا فمالي صدقة في المساكين وله ديون على الناس لا تدخل الديون في يمينه؛ لأنه ليس بمالٍ مطلق. رجل قال لرجل كل منفعة تصل إليّ من مالك فعلي أن أتصدق به فوهب له شيئًا فعليه أن يتصدق به، وإن أذن له أن يأكل من طعامه فله أن لا يتصدّق به؛ لأن بالهبة نزول عن ملكه فيملكه الناذر فيلزمه التصدّق وفي الإباحة ما لم يأكل لا يزول ملكه وبعد الأكل لا يتصور التصدق به.

(المنتقى): رجل تصدق على رجل وسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم تجز حتى يقبضها لأنها هبة مستقبلة؛ لأنه لا رجوع فيها، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم.

قال أبو يوسف: لو تناقضا الصدقة فمات المتصدق عليه قبل أن يقبضها المتصدّق فالمناقضة باطلة، ولو كان ذلك في هبةٍ كانت المناقضة جائزة؛ لأن له الرجوع فيها، فإذا فعلا شيئًا لو تقدّما إلى القاضي فعله أجزأه، وإن لم يقبض عن

أبي يوسف لو أعطى رجل دارا على نصفها صدقة عليه ونصفها هبة له وقبض الرجل فله أن يرجع في نصف الهبة؛ لأن كل نصف حكم على حدة والشيوع لا يمنع الرجوع.

(باب هبة الدين وإبرائه وإباحة ماله وتحليله)

(المبسوط): وهب دينًا له عليه لا يرجع؛ لأن الموهوب قد تلف في ذمّة الغريم؛ لأنه ملك ما في ذمته فسقط كما لو ورث، ولا رجوع في الهبة التالفة وهبة الدين والإبراء عنه يرتد بالردّ وقبولها ليس بشرط حتى لو مات قبل العلم أو سكت يبرأ.

وقال زفر: قبول الهبة شرط ولا يرتد الإبراء بالردّ؛ لأن الإبراء إسقاط؛ لأن الدين مال حكمًا لا حقيقة والعمل بالأمرين متعذِّر في لفظ واحد فعملنا بهما في لفظين فاعتبرناه مالًا في حق لفظة الهبة لأنها موضوعة للتمليك فلم تصح من غير قبول واعتبرناه إسقاطا في حق الإبراء؛ لأنه موضوع للإسقاط فيتم من غير قبول ولا يرتد بالردّ.

لنا: أن الدين ليس بمال حقيقة ولكنه مال حكما حتى يورث ويجوز الاعتياض عنه وتجب الزكاة فيه فصار التصرف في الدين تمليكًا حكمًا إسقاطًا حقيقة؛ لأن هبة ما ليس بمال يكون إسقاطا كهبة الطلاق والعتاق فلكونه تمليكًا حكمًا يرتدّ بالرد ولكونه إسقاطًا حقيقة يصح من غير قبول توفيرًا على السهمين حظهما ومهما أمكن اعتبار السهمين في حق حكمين في كل لفظ لا يصار إلى تعطيل أحدهما.

ولو قال لمديونه: إذا جاء غد فأنت بريء من الدين أو هو لك، أو قال: إن أديت إليَّ بنصفه فأنت بريء من النصف الباقي أو لك النصف الباقي فهو باطل؛ لأن الإبراء إسقاط من وجه تمليك من وجه والتعليق بالشرط مشروع في الإسقاط المحض لا فيما هو شبهة التمليك.

(النوادر): ولو أبرأه عن الدين على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار؛ لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكا.

ولو وهب عينًا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى. رجل له على رجل ألف درهم جياد وألف درهم ردية فقال وهبت منك أحد المالين جاز وإليه البيان وإلى ورثته بعد موته؛ لأن هبة الدين ممن عليه الدين إبراء، وإسقاط حقيقة فالجهالة لا تمنع صحته. رجل قال لآخر حللني من كل حق لك علي ففعل وأبرأه نظر إن كان صاحب الحق عالما بما عليه برئ حكمًا وديانة عن كل ما عليه، وإن لم يكن برئ حكما ولا يبرأ ديانة عند محمد.

وعند أبي يوسف يبرأ أيضًا وهو الأصح؛ لأن الإبراء إسقاط، ولهذا يصح بلفظة الإسقاط ولا تفتقر صحته إلى القبول وجهالة الساقط لا تمنع صحّة الإسقاط؛ لأن الساقط متلاشٍ فلا يرد عليه التسليم، والتسليم ليفضي إلى المنازعة وصار كالمشتري إذا أبرأ البائع عن العيوب صح، وإن لم يبين العيوب فكذا هذا. رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل ولم يحل الأخذ والإعطاء أمّا حل الأكل فلأن إباحة الطعام المجهول لها أصل في الشرع قال الله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] فأمّا التوكيل بأخذ المجهول أو هبة المجهول لا يصح. رجل قال أيجب لفلان أن يأكل من مالي والمتاح له لا يعلم بذلك لا يباح له الأكل؛ لأن الإباحة إطلاق والإطلاق لا يعمل قبل العلم كالتوكيل. رجل قال لآخر بدخل اكرمي وخذ من العنب فله أن يأخذ مقدار ما يشبع منه إنسان واحد؛ لأن هذا إذن بأخذ ما يحتاج إليه للحال. رجل اتخذ لولده الصغير ثيابًا ثم أراد أن يدفع إلى ولدٍ آخر ليس له ذلك إلا أن يتبين وقت الإيجاد أنه عارية؛ لأن في المتعارف إنما يريدون البر والصّلة دون العارية لكن العارية محتملة، فإن تبيَّن صح وإلّا فلا، وكذلك لو اتخذ لتلميذه ثيابا ثم أبق فأراد أن يدفع إلى غيره، فإن أراد الاحتياط بين أنه عارية حتى لو أبق أمكنه الدفع إلى تلميذ آخر.

(**المنتقى**) لو قال لرجل: أنت في حل من مالي حيث ما أصبته فخذ منه ما شئت، فهو على الدراهم والدنانير خاصة اعتبارًا للعرف والعادة.

رجل له على رجل ألف درهم، فوهبها لرجل فوكّله بقبضها منه، فقبضها

فوجدها زيوفًا، فلا ينبغي له أن يردّها، هكذا القياس، من قبل أنه حين قبضها فقد تحوّلت إلى ملكه وخرجت من ملك الواهب، ولو كانت ستوقة ردّها. والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع.

(باب اختلاف الواهب والموهوب)

وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب: أنا أخوك أو عوضتك أو تصدقت فالقول قول الواهب؛ لأن دعوى الأخوّة دعوى سبب مانع من الرجوع ودعوى العوض دعوى حادث بقطع الرجوع والواهب ينكره فيكون القول له والاختلاف في الصدقة والهبة اختلاف في جهة التمليك والتملك يستفاد من جهة الواهب فيكون القول قوله من أي جهة ملكه، كما لو أنكر التمليك أصلًا كان القول له، فكذا إذا أنكر التمليك بجهة وإذا أراد الرجوع في الجارية الموهوبة فقال وهبتها صغيرة وقد كبرت، وقال الواهب: وهبتها كبيرة على هذه الحالة له أن يرجع خلافا لزفر رحمه الله.

له: إن وهب يدعي هبة الزيادة منه والموهوب له ينكر هذه الزيادة فيكون القول له.

لنَا: أن اختلافهما لم يقع في هبة الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة ممّا لا يفرد بالهبة لأنها لا تفرد بالملك وإنما وقع اختلافهما في هذه الأصل الموهوب له يدعي الهبة في زمان سابق؛ لأن الزيادة المتصلة لا تحصل إلّا بمضي الزمان والواهب ينكره ويدعي الهبة في زمان لاحق متأخر فيكون القول قول المنكر.

ولو كانت الهبة أرضًا فقال: بنيت أو غرست فيها وأنكره الواهب فالقول للموهوب له إلا أن يعلم أنه لا يبنى في مثل تلك المدّة، وكذلك في الصبغ ولت الدقيق بالسمن؛ لأن هذه الزوائد تجوز أن تفرد بالهبة؛ لأنه يجوز أن تفرد بالملك فإنه يجوز أن تكون هذه الزوائد ملكًا لإنسان والأصل لآخر وإذا كان مما ينفصل وينفك ملكها عن ملك الأصل فالواهب ادعى أنه وهب له هذه الزيادة والموهوب له ينكر فيكون القول له.

(المنتقى) ولو قال الواهب: شرطت لي عوضًا، وقال الموهوب له: لم أشترط ذلك فالقول للموهوب له مع يمينه لأنه منكر به لاشتراط العوض، وللواهب أن يرجع في هبته إن كانت قائمة، وإن كانت مستهلكة لم يرجع ولم يضمنه شيئًا.

ولو ادعى الواهب أنه اشترط له عوض ألف درهم وقال الموهوب له لا بل شرطت لك عوض خمسمائة ولم يقبض العوض والهبة قائمة، فإن شاء الواهب قبض خمسمائة، وإن شاء رجع في الهبة، وإن قال الموهوب له أنا أدفع الألف ولا يرجع في الهبة لم أجبر الواهب على ذلك وله أن يرجع في الهبة، وإن كانت مستهلكة ضمّنه قيمتها والمستهلك وغير المستهلك سواء من قبل شرط العوض، ولو قال الواهب وهبتك وقبضته بغير إذني وأنا غائب وقال الموهوب له وهبته لي وقبضته منك فالقول للموهوب له؛ لأنه مقبوض في يده. قال أبو يوسف: ولو وهب لرجل عبدًا والعبد بحضرتهما بحيث يقدر الموهوب له على قبضه ثم خاصمه الواهب والعبد في يدي الموهوب له فقال قبضته وقال الواهب: أخذته بغير أمري فالقول للموهوب له؛ لأن ظاهر اليد يشهد له.

ولو قال الموهوب له: قد كانت الهبة حيث وهبته في منزلك فأمرتني بقبضها فقبضت لم تصدق على ذلك؛ لأنه أقر بكونها في يد الواهب ثم ادعى قبضها فلا يصدّق إلا بحجة.

ولو قال رجل: وهب والدي لك هذا العبد فلم يقبضه في حياته وإنما قبضته بعد موته، وقال الموهوب له: بل قبضت في حياته والعبد في يد الوارث فالقول قول الوارث؛ لأن القبض إنّما علمته السّاعة والميراث قد تقدم القبض. وهب عند رجل يعتبر إذن مالكه ثم ادعى مولاه وأنكر الواهب فأقام المولى البينة ثم أجاز الهبة، ذكر الخصاف أنه لا تصح إجازته عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن على ظاهر الرواية تصح إجازته وهذا بناء على أن البيع على المستحق ينفسخ بنفس الاستحقاق على رواية الخصّاف فكذا الهبة، فأمّا على ظاهر الرواية لا ينفسخ البيع بنفس الاستحقاق فكذا لا تنفسخ الهبة فتصح الإجازة وقد ذكرناه في كتاب البيوع.

(باب هبة المريض)

هبة المريض تفيد الملك للحال إذا قبضت ويعتبر خروجها من الثلث كالوصية وكذلك الصدقة؛ لأنه تبرع في المرض فلا يجوز فيما زاد على الثلث؛ لأنه متى مات ظهر أن حق الورثة كان متعلقا بثلثي ماله من وقت المرض لما عرف في موضعه فصار متبرعًا بمالٍ تعلق به حق الورثة فاعتبر من الثلث كما لو كان مضافًا إلى ما بعد الموت فكان حكمها حكم الوصايا وحتى يعتبر خروجها من الثلث وجوازها جواز الهبات فتقيد الملك في الحياة إذا قبضت، كالعتق في المرض. الهبة دار ولا مال له غيرها جازت في ثلثها ورد ثلثيها؛ لأن الهبة صحت موجبة للملك في كل الدار حتى لو باعه صح بيعه إلا أنه استحق بعض الهبة في البعض لتعلق حق الورثة بماله فكان هذا شيوعًا طارئا على العقد لا مقارنا فلا تبطل الهبة في الباقي كما في الرجوع في باقي الهبة.

وإن كانت جارية، وكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له سواها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة؛ لأن الهبة قد صحت في الابتداء وإنما يصح قبضها في الانتهاء فصار وقت الكتابة ملكه فنفذت والكتابة تمنع النقل من ملك إلى ملك فتعذر رد الثلثين إلى الوارث بفعله فضمن ثلثي قيمتها فإن عجز قبل القضاء بالقيمة أخذوا ثلثيها وبعد القضاء لا؛ لأن قبل القضاء الحق في العين؛ لأنه لم ينتقل إلى القيمة إلا أن قبل انفساخ الكتابة لا يتمكنون من أخذ عين حقهم؛ لأن الكتابة تمنع النقل من ملك إلى ملك، فإذا انفسخت الكتابة بالعجز زال المانع فكان لهم أخذ العين وبعد القضاء الحق انتقل من العين إلى القيمة فلا يعود إلى العين؛ لأن القضاء لا ينفسخ بزوال سبب القضاء من بعد وصار كالعبد المغصوب إذا أبق ثم عاد من الإباق قبل القضاء بالقيمة يعود إلى ملكه وبعد القضاء لا يعود فكذا هذا.

وكذلك إن كاتبها بعد موت المريض قبل القضاء للورثة؛ لأن ملك الموهوب له قائم قبل رد القضاء عليه برد الثلثين فنفذ تصرفه في جميع العبد، فإن قضى للورثة ثم أعتق الموهوب له فهو كأخذ الشريكين أعتق؛ لأنه عاد الثلثان إلى ملك الورثة وبقي الثلث على ملك الموهوب له فصار هو شريكًا للورثة.

ثم ذكر أنَّ عند أبي حنيفة يخير الورثة بين التضمين والإعتاق ولا سيما إن كان الموهوب له موسرًا ولم يذكر إن كان معسرًا هل للورثة تضمينه ويجب أن يكون لهم تضمينه بالإجماع.

أمّا عندهما فلأنه أعتق كلّه وأما عنده فلأنه إن يوجد الاستهلاك فقد وجد العيب الفاحش؛ لأنه يفوت حبس منفعة وأنه كاف لإيجاز ضمان القبض. مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له أو باعه ثم مات المريض يصح تصرفه ويضمن ثلثي قيمته لورثة الميّت؛ لأن تبرعه صادف ملكه إلا أنه تعلق به حق الورثة وذلك لا يمنع نفاذ تصرفه ووقوع الملك للتمليك؛ لأن المطلق للتنفيذ موجود ظاهر أو هو حقيقة الملك للمريض وفي الحاجر وهو الحق شك واحتمال للحال، فإذا ظهر الحاجر يعمل به في النقض بعد النفاذ لا في المنع من النفاذ ليكون عملًا بهما ومتى صح تبرعه ملكه الموهوب له فجاز إعتاقه وبيعه إلا أنه لما كان يستحق نقض تبرعه في الثلثين لتعلق حق الورثة به وجب على الموهوب له رد الثلثين وقد عجز عن رده فلزمه قيمته، فإن كان على المريض دين محيط به يضمن جميع قيمته؛ لأنه ظهر أن حق الغرماء قد تعلق بكل العبد؛ لأن الدين مقدم على التبرع لأن تبرع المريض بمعنى الوصية والوصية مؤخّرة عن الدين فوجب عليه رد كل العبد وقد تعذر رده بالعتق فضمن قيمته ولا سبيل للغرماء على العبد موسرا كان المعتق أو معسرا؛ لأن الإعتاق من الموهوب له لاقى عبدًا فارغا عن دين الغرماء؛ لأن العبد بالهبة صار ملكا له والتحق بسائر أملاكه فصار كالعبد المأذون إذا بيع يزول تعلق الدين برقبته بالبيع؛ لأن المولى يملك نقل حق الغرماء من العين إلى القيمة بالبيع فيملك أيضًا نقل حقهم من العين إلى قيمته بالهبة ومتى انتقل حقهم إلى القيمة لم يبق لهم سبيل على العبد بالسّعاية بخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر سعى المرهون للمرتهن؛ لأن الإعتاق لاقى عبدًا مشغولا بالدين؛ لأن الشغل لا يزول ما لم يصر العبد ملكًا للغير فقد احتبس عند العبد مالية مشغولة بالدين ومنفعة الاحتباس حصلت له فكان لهم استسعاء العبد إذا عجز عن تضمين المعتق، وإن كان الموهوب له حالة الإعتاق مريضًا ومات وعليه دين سعى العبد في جميع قيمته يضرب فيها غرماء الموهوب له بجميع دينهم

وغرماء الواهب بقيمته؛ لأن إعتاق الموهوب له لاقى عبدا مشغولا بالدين؛ لأنه لما لم يظهر أنه كان مشغولا بحق الغرماء فظهر أن العتق لاقاه وماليته مشغولة بحق الغرماء للموهوب له فقد احتبس عند العبد مالية مشغولة بالدين فكان لهم استسعاؤه.

مريض وهب لمريض عبدًا وسلم فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم الموهوب له يسعى العبد في ثلثي قيمته لورثة الواهب؛ لأنه دين لهم على الموهوب له ويسعى في ثلثي الباقي لورثة الموهوب له؛ لأن تبرع الواهب نفذ في الثلث دون الثلثين فوجب على الموهوب له رد الثلثين وقد تعذر رده بالعتق فضمن قيمة الثلثين، ويسعى العبد فيه لأن هذا دين على معتقه لحقه بعتقه ثم يسعى في ثلثي الثلث؛ لأن ثلث العبد خلا عن حق الغرماء وتعلق به حق الوارث إلا أن المريض تبرع بعتقه الثلث على العبد بالإعتاق فنفذ تبرعه في ثلث الثلث ولم ينفذ في ثلثيه فصار الحاصل قيمته على تسعة أسهم يسعى في ثمانية أتساع قيمته ستة أتساعها لورثة الواهب وتسعاها لورثة المعتق وعتق منه التسع مجانًا.

مريض وهب عبدا لرجل وهو ثلث ماله وسلمه ثم إن الموهوب له قتل الواهب في مرضه يرد الهبة إلى وارثه؛ لأن هذه الهبة بمعنى الوصية من حيث إنها تبرع في حال تعلق حق الغرماء والورثة بماله ولا وصية للقاتل.

وإذا رجع الواهب في الهبة والموهوب له مريض وكانت الهبة في الصحة، فإن كان الرجوع بقضاء فلا حق لغريم الموهوب له ولا لوارثه فيه؛ لأنه يكون فسخًا في حق الكل؛ لأنه ليس للقاضي ولاية على الناس في هبة أموالهم فكان قضاؤه فسخًا للهبة وإعادة إلى قديم ملك الواهب، فإن كان بغير قضاء فالرجوع بمنزلة هبة جديدة في مرض يعتبر من الثلث، وإن كان عليه دين محيط يبطل الرجوع.

وفي رواية أبي سليمان والجامع أنه فسخ في حق الناس كافة قيل هذا قياس والأول استحسان. وجه هذه الرواية: أن الرجوع في الهبة استيفاء لعين الحق، ولهذا كان للواهب أن يرد بالعيب على بائعه، ولو كان مالا وجبت فيه الزكاة سقطت الزكاة على الموهوب له ويصح قبل القبض وفي مشاع يحتمل القسمة.

ولو كانت هبة جديدة لما سقطت الزكاة عنه ولما صح في المشاع.

وجه الرواية الأولى: أن المريض قادر على إبطال حق الرجوع، بأن يريد في الهبة شيئًا أو يبيعه لئلا يمكنه الرجوع والأمر مضيق في حق المريض حتى لم يصح إقراره للوارث ولم يصح إيثار بعض الغرماء والورثة على البعض فصار بالامتناع عما يمنع الرجوع ورده بإحسان منهما في حق الغرماء والورثة فجاز أن تعتبر بمنزلة هبة جديدة في حق الغرماء والورثة صيانة لحقهم، وإن كان فسخًا.

(باب هبة الحربي والمرتد)

حربي وهب في دارنا هبة ثم دخل دار الحرب قبل قبض الموهوب له ولم يأمره بالقبض بطلت الهبة، وإن أمره بالقبض ثم دخل دار الحرب ثم قبض جاز استحسانًا؛ لأن ملك الحربي المستأمن وحقوقه لا تبطل بالعود إلى دار الحرب فبقي إيجابه صحيحًا، إلا أنه يصح قبض الموهوب له بأمر الواهب بعد الافتراق عن المجلس ولا يصح بغير أمره كما في المسلم.

نصراني وهب لمسلم شيئًا فعوضه خمرًا فله الرجوع في هبته؛ لأنه لا يصح من المسلم تمليك الخمر فلا يصحُّ تعويضه؛ لأنه تمليك حربي مستأمن وهب لمسلم أو وهب له المسلم ثم رجع إلى دار الحرب ثم خرج مستأمنًا فلكل واحد أن يرجع في هبته؛ لأنه لم يوجد ما يبطل حق الرجوع؛ لأنه بعوده إلى دار الحرب لم تبطل أملاكه وحقوقه، فإن سبي وأخذت الهبة معه لم يكن للمسلم أن يرجع وإن حضر قبل القسمة؛ لأنه زالت الهبة عن ملك الموهوب له بالسبي إلى الغانمين فيبطل حق الرجوع كما لو باع، وإن كان الواهب هو الحربي وسبي ووقع في سهم رجل لم يكن له أن يرجع في هبته، وكذلك إن سبق لم يستطع الرجوع؛ لأنه بطل حقوقه بعدما يسبى والرجوع إعادة للهبة إلى قديم ملك الواهب وبعدما يسبى لو عادت الهبة تعود إلى ملك مولاه فصار الراجع هو المولى وحق الرجوع لا يثبت لمولاه بالهبة.

ولو وهب حربي لحربي ثم أسلم أهل الدار وأسلما جميعًا وخرجا إلى دارنا فله الرجوع إلا أن عوضه؛ لأن الإسلام لا يبطل حقًّا كان ثابتا قبله. مسلم وهب لمرتد فعوضه المرتد ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة له ولم يجز تعويضه

عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لما عرف في السير أن تصرفات المرتد تقف عنده، وعندهما: تنفذ وإن كان المرتد هو الواهب وعوض ثم قتل أو لحق ترد هبته إلى ورثته والعوض إلى صاحبه إن كان قائما، وإن كان مستهلكا كان دينا في ماله وهذا قول أبي حنيفة لأن الهبة بطلت عنده ومتى استحقت الهبة يرجع الموهوب له في العوض حال قيامه ويستحق قيمته حال هلاكه. وهب المرتد للنصراني أو النصراني له على أن يعوضه خمرًا فذلك باطل ويجوز ذلك فيما بين الذميين إلا أن المرتد في حق الأحكام كالمسلم، ولهذا لم يجز بيعه الخمر والخنزير فأمّا الخمر في حق الذمي مال كالخل والله أعلم.

كتاب الوقف

يحتاج إلى معرفة: شرعية الوقف، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه.

أمّا شرعيته: فلما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف أوقافًا بالمدينة، والصحابة كذلك وقفوا، وقد أطبقت الأمة على جواز أصل الوقف، وإن اختلفوا في كيفية جوازه؛ لأنه إقامة قربة باتصال النفع إلى الغير.

وأمّا تفسيره: فهو في اللغة: عبارة عن الحبس مطلقًا مأخوذ من قولهم وقفت الدابة على الطريق أي حبستها ومنعتها عن السير إلا أن في متعارف الشرع يراد به حبس مخصوص وهو حبس العين عن النقل من ملك إلى ملك.

وأمّا ركنه: فما توجب به الوقف؛ لأن ركن الشيء ما يوجد به ذلك الشيء، لكن اختلفوا فيما يوجد به الوقف لما يأتي في الباب الأول.

وأمّا شرط جوازه، فقد اختلفوا فيه؛ قال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله: أن يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه إلا أن يجيز الورثة فيصير جائزًا ويتأبد الوقف.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: هذا ليس بشرط وهذا بناء على أن تقدير الوقف عند أبي حنيفة كأنه قال: حبست العين على ملكي وتصدقت بثمرته المعدومة على المساكين ولا يصح التصدق بالثمرة المعدومة إلا بالوصية وعندهم تقديره كأنه قال أزلت العين عن ملكي إلى الله تعالى وجعلته محبوسًا في حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده وهذا يصح بدون الوصيّة.

لهمَا: أنه يقصد بالوقف إقامة القربة واستدامة الخير ونيل المثوبة دائما بإيصال النفع بصرف الغلة إلى الفقراء ونزول الناس فيه على وجه لا ينقطع دائما فوجب أن يخرج عن ملكه وخلص لله تعالى ويصير محرزا على التملك ليستدام نفعه ويستمر وقفه للعباد كما لو جعل داره أو أرضه مسجدًا خرج عن ملكه وخلص لله تعالى

ابتعادا. له: أنه ذكر لفظين بقوله صدقة موقوفة والصدقة عبارة عن التمليك والوقف عبارة عن الحبس فأحدهما يوجب زوال ملكه والآخر يوجب احتباسه في ملكه والعمل بهما متعذر في شيء واحد فعملنا بلفظ الوقف في حق العين وجعلناه محبُوسًا على ملكه وبلفظ الصدقة في حق الغلة والثمرة وجعلنَاه متصدّقا بالغلة المعدومة عملا باللفظين بقدر الإمكان ثم عند محمد لصحة الوقف شرائط أربعة التسليم إلى المتولي، وأن يكون في المقرر، وأن لا يشترط لنفسه شيئًا من منافع الوقف، وأن يكون مؤبدًا بأن يجعل أجره للفقراء، وعند أبي يوسف شيء من ذلك ليس بشرط، فعلى هذا لو وقف على نفسه أو على أمّهات أولاده يصح الوقف عند أبي يوسف.

وعند محمد وهلال بن يحيى لا يصح ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد.

لمحمد: أن الصدقة الموقوفة تمليك من العباد كالصدقة المنفذة وحق الله تعالى يثبت في رقبة الوقف ضمنا تبعا لحق العبد في الغلة، ولأن التمليك والتملك إنما شرع لوصول النفع إلى العباد وإلّا فالله تعالى متعال عن النفع، ولهذا لا تصح إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى على وجه لا تكون للعباد فيه منفعة ما فعلم الصدقة تمليك من الفقير لوصول النفع إليه وحق الله تعالى يثبت في ضمنه بالتقرب إليه بالإحسان إلى عبده والتمليك بطريق التبرع يفتقر إلى التسليم ولا يصح في المشاع؛ لأن الشيوع يوجب نقصانا في قبضه والتمليك ملكه من نفسه لا يصح، ولا يصح التمليك مؤقتا كالصدقة المنفذة.

لأبي يوسف: أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى وجعله محرزا عن التملك دون التمليك منه ولأن التملك من الله تعالى لا يتصور؛ لأن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى فيكون الوقف إزالة لملكه للتقرب بالإعتاق لعبده وصح ذلك قربة لوصول منافعه ومواقفه إلى عباده بخلاف الصدقة المنفذة لأنها تمليك من الفقير حقيقة وإزالة الملك تصح من غير تسليم وتصح في المشاع ويجوز أن يشترط لنفسه شيئًا من علته ومنافعه؛ لأن الغلة والمنفعة تحدث على حكم ملك الله تعالى لا على ملكه

وهو وغيره من عباده فيها سواء يستحق غلته بالشرط لا بحكم الملك فيجوز كما يجوز أن يستحقها بشرط غيره وصار كما لو جعل أرضه خانا أو مقبرة أو سقاية يستوي فيه الواقف وغيره بخلاف الصدقة المنفذة؛ لأنه يشترط لنفسه بعض العين والعين ملكه فصار مملكا ملكه من نفسه فلا يصح.

وأمّا حكمه: فعندهما زوال العين عن ملكه إلى الله تعالى كما ذكرنا.

وعند أبي حنيفة: حكمه صيرورة العين محبوسة على ملكه بحيث لا تقبل النقل عن ملك إلى ملك التصدق بالغلة المعدومة متى صح الوقف بأن قال جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبّدة وأوصيت به بعد موتي وأنه يصح حتى لا يملك بيعه ولا يورث عنه لكن ينظر إن خرج من الثلث يجوز في الكل، وإن لم يخرج من الثلث يجوز الوقف فيه بقدر الثلث ويبقى في الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو يجيز الورثة فإن لم يظهر له مال ولم يجز الورثة تقسم الغلة بينهم أثلاثا ثلثه للوقف وثلثاه للورثة.

ولو رفع الأمر إلى القاضي فأمضى القاضي الوقف بناء على دعوى صحيحة وبشهادة قائمة عليه وأنكر الواهب، فإنه يصح الوقف عليه فيلزمه حتى لا يجوز نقضه بحال؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه.

ولو قضى بالوقفية بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى يصح؛ لأن حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى وفي حقوق الله يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى.

(باب الألفاظ التي ينعقد بها الوقف)

وهي تنقسم إلى خمسة أقسام:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبّدة على المساكين حال حياتي وبعد وفاتي، أو يقول: أرضي هذه صدقة محرمة مؤبدة، أو يقول: أرضي هذه صدقة محبوسة أو حبيس مؤبد حال حياتي وبعد مماتي فإنها تصير وقفا لازما على الفقراء بالإجماع إلا أن عند أبي حنيفة هو نذر في حياته حتى لو تصدّق بقيمتها جاز، هكذا

روى الحسن عنه ولأنه التزم قربة ووصية بعد وفاته، كما لو قال تصدقت بثمرة أرضي على الفقراء بعد موتي.

والثاني: لو حذف لفظة التأبيد عن هذه الألفاظ بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل إلا عند أبي يوسف بن خالد التيمي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة، فإن ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح أن ذكر التأبيد ليس بشرط لصحة الوقف؛ لأنه موجود دلالة؛ لأن قوله صدقة يدل على أنه أراد به الفقراء دون الورثة وقوله موقوفة يدل على أنه لم يرد بالصدقة صدقة التمليك فصار كل واحد من اللفظين تفسيرًا للآخر فتكون وقفًا للفقراء والوقف على الفقراء يتأبد ولا يتوقف لأنهم لا يتعرضون فعلى هذا لو قال: أرضي صدقة موقوفة ولم يقل على المساكين صح الوقف إلا عند الخصاف وأهل البصرة.

والثالث: لو حذف لفظ الصدقة والوقف بأن قال: أرضي هذه حرمتها أو حبستها لا تصير وقفًا بالإجماع؛ لأن هذا اللفظ مشتبه لا يدرى مراده منه أنه حرمها على غير الورثة وحبسها على الورثة أو حرمها على الورثة وحبسها على الفقراء فلا يحكم بزوال ملكه بلفظ مشتبه متردِّد.

والرابع: لو حذف الصدقة لا غير بأن قال: أرضي هذه موقوفة ومحرمة أو محبوسة أو قال وقفت أرضي هذه أو حبستها فعند أبي يوسف يكون وقفا، وعند محمد وهلال بن يحيى لا يكون وقفا ما لم يقل صدقة موقوفة أو موقوفة على المساكين. لمحمد أن قوله موقوفة لفظ مشتبه لا يدرى أنها موقوفة على الورثة أو على الفقراء أو على إنسان بعينه فلا يحكم بزوال ملكه بلفظ مشتبه محتمل.

لأبي يوسف: أنه ذكر الوقف مطلقًا والوقف المطلق يكون على الفقراء عادة وعرفا؛ لأن الناس تعارفوا هذا وقفا والمعروف كالمشروط فكان قول أبي يوسف أصح لمكان العرف.

والخامس: لو حذف الوقف بأن قال: أرضي هذه صدقة أو جعلت أرضي هذه صدقة يكون نذرا لا وقفا بالإجماع؛ لأنه ذكر الصدقة مطلقًا ومطلق الاسم ينصرف

إلى الكامل والكامل من التصدق بالمال أن يصير عينه وثمرته صدقة وذلك بالتمليك من الفقير لا بالفقر.

ولو قال: أرضي هذه للسبيل، فإن كان في بلدة تعارفوا مثل هذا وقفًا صارت الأرض وقفًا؛ لأن المعروف كالمنصوص، وإن لم يتعارفوا يسال منه إن أراد به الوقف فهو وقف؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن نوى الصدقة أو لم ينو شيئًا يكون نذرا فتصدق بها أو بثمنها؛ لأنه نوى ما يحتمله، وكذلك لو قال جعلتها للفقراء إن كان ذلك وقفا في تعارف تلك البلدة كان وقفا، وإن لم يكن يرجع إليه في البيان، فإن نوى به وقفًا كان وقفا وإن نوى صدقة أو لم ينو شيئًا يكون نذرًا بالتصدق؛ لأن هذا أدنى فكان إثباته عند الاحتمال أولى.

رجل قال: جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد ولم يزد على هذا صارت الحجرة وقفًا على المسجد لما قاله وليس للمتولي أن يصرف إلى غير الدهن؛ لأنه جعلها وقفًا على دهن المسجد.

رجل قال في مرضه: اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف فصار، كما لو قال وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين.

رجل قال: إن مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي هذه لا يصح الوقف برئ أو مات؛ لأنه علقه بالشرط وتعليق الوقف بالشرط لا يصح، ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت هذه الدار فقد جعلت أرضي صدقة موقوفة لم يجز؛ لأنه تمليك الغلة من الفقراء والتمليك لا يحتمل التعليق بخلاف ما لو قال: إن مت فاجعلوا أرضي هذه وقفا حيث يجوز لأن هذا تعليق التوكيد بالشرط وتعليق التوكيل بالشرط جائز، ألا ترى لو قال إن دخلت هذه الدار فاجعلوا أرضي موقوفة جاز.

(باب تسليم الوقف)

وتسليم الوقف إلى القيم والقسمة فيما يحتملها شرط لصحة الوقف عند محمد خلافا لأبي يوسف والشافعي لما مرّ، ثم التسليم إلى القيم يكفي قبضًا في الأوقات

كلها؛ لأن المتولي نائبًا عن الموقوف عليهم في القبض وقبض النائب كقبض المنوب عنه هو إن جعل أرضه مسجدا ولم يسلمها إلى قيم لا تصير مسجدا إلا أن يصلي القوم فيه بجماعة بإذنه؛ لأنه وجد قبض من المسجد له، فإن صلى فيه واحد أو جماعة وحدانًا، فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية صح التسليم؛ لأن قبض الواحد كقبض الكل لتعذر قبض الكل كما في المقبرة والخان وفي رواية لا يصح التسليم وهو قول محمد؛ لأن المسجد إنما بني للصلاة بجماعة لا وحدانا؛ لأن الصلاة بجماعة تختص بالمسجد دون الصلاة وحدانا لأنها تقام في غير المسجد.

ولو جعلوا رجلًا واحدًا إمامًا ومؤذنًا وأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا؛ لأنه إذا صلاته بأذان وإقامة كالجماعة، ولهذا قالوا: مؤذن مسجد إذا أذّن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بجماعة في ذلك المسجد، وإن لم يصل فيه بجماعة ولكن دفعه إلى متولي نصيبه فيما يقوم بمصالحه قيل لا يكون قبضا؛ لأن المساجد لا يكون لها متولٍّ فلا يكون الدفع إلى من يقوم بأمورها قبضا وقيل يكون قبضا وهو الأصح؛ لأن المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ويقوم بأموره منصوب بإذن النائبين، فإذا سلمه إليه كان قبضه ينوب عن قبض النائبين كما في سائر الأوقات.

وذكر في الجامع الصغير: بنى مسجدًا بابه إلى الطريق وتحته سرداب أو فوقه بيت له لا يصير مسجدا؛ لأن المساجد خالصة لله تعالى وهذا لم يخلص لله؛ لأن ما تحته يبقى ملكه وعلوه حقه فلا يصير مسجدا.

ولو كان السرداب لمصالح المسجد صح كما هو مسجد بيت المقدس وعن أبي يوسف أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدا والأعلى ملك؛ لأن الأسفل أصل والأعلى تابع له ولم يجز أن يكون الأعلى مسجدا.

وعن محمد: أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله للضرورة.

ولو جعل وسط داره مسجدًا لم يصر مسجدًا حتى يفتح طريقه إلى الجادة لأنه لم يقهره حين أبقى الطريق لنفسه.

ولو جعل أرضه مقبرة أو خانًا أو سقاية أو طريقًا يمر فيه الناس إذا دفن في المقبرة أو نزل في الخان أو شرب من السقاية أو مر في الطريق واحد من الناس، فإنه يكون قبضًا ويستوي فيه الغني والفقير؛ لأن القبض من الكل متعذر فيكتفى بقبض الواحد وقبض كل شيء على حسب ما يليق به وفي العرف والعادة يراد به الغني والفقير والمعروف كالمشروط فكأنه وقف على الغني والفقير نصًّا، وكذلك لو جعل داره بمكة مسكنا للحاج وبغير مكة مسكنا للمساكين جاز ويسكنها الغني والفقير.

ولو وقف أرضًا لتصرف غلتها إلى الحاج والغزاة وطلبة العلم لا تصرف إلى الغني؛ لأن في تمليك الغلة يراد به الفقراء والمحتاجين لا الأغنياء في العرف والعادة كسائر صدقات الشرع، فأمّا البناء للسكنى إباحة ويراد به الغني والفقير عادة كمن وضع جبّ ماء على الطريق جاز للغني الشرب منه بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله لطلبة العلم والصّلة كما يتحقق للفقير يتحقق للغني، أمّا هنا فبخلافه حتى لو وقف على طائفة من الأغنياء ثم بعدهم على الفقراء، فإنه يكون للأغنياء ثم بعدهم للفقراء؛ لأن الواقف هكذا شرط.

ولو جعل أرضه مقبرة ودفعها إلى قيم المقبرة هل يكون قبضا قيل لا يكون قبضا كما في المساجد وقيل يكون قبضا كما في الخان والسقاية.

(فصل)

وقف نصف أرضه مشاعًا لم يجز عند محمد خلافا لأبي يوسف لما بينا، فإن كانت بين رجلين فوقفاها جاز؛ لأنه لا شيوع فيه كما في الصدقة المنفذة، فإن دفع كل واحد نصيبه إلى قيم لم يجز عند محمد؛ لأن القبض حصل في المشاع فلو قضى القاضي بجوازه جاز في حق الكل؛ لأن المختلف يصير متفقا باتصال القضاء به.

ولو طلب بعضهم القسمة قال أبو حنيفة: لا يقسم ويتهايؤون.

وعند محمد: يقسم وأجمعوا أن الكل إذا كان موقوفا على أرباب، فإن أرادوا

القسمة لا تجوز لما تبين ثم الأصل لمحمد رحمه الله أن الشيوع متى يمكن في الصدقة حالة القبض يمنع جواز الصدقة؛ لأن ثبوت الحكم معلق بقبض كامل والشيوع يوجب نقصانا في القبض فلا يثبت حكم العقد مع تمكن النقصان في القبض ومتى تمكن الشيوع في العقد لا في القبض لا يمنع جواز الصدقة؛ لأنه ليس بحال ثبوت الحكم فصار وجوده وعدمه بمنزلة. رجلان تصدقا معا صدقة واحدة ونصبا قيما فسلما إليه معا جاز عندهما؛ لأنه لا شيوع في العقد ولا في القبض.

وكذلك إن تصدق كل واحد بنصفه صدقة موقوفة على المساكين ونصبا قيما واحدا فقبض نصيبهما جميعًا أو متفرقا جاز؛ لأنه لا شيوع في القبض؛ لأن قبض القيم ورد على الكل لأنهما فوّضا إلى الواحد قبض الكل فمتى قبض نصيب أحدهما لا غير صار مخالفًا فيوقف قبض النصف من القيم على قبض الباقي كالوكيل يشتري العبد إذا اشترى النصف يتوقف شراء النصف على شراء الباقي فكذا هذا.

ومتى توقف قبض النصف منه على قبض الباقي لم يكن حال قبض النصف الأول حال ثبوت الحكم؛ لأنه معلق بقبض الكل فتمكن الشيوع في القبض لا يمنع صحة الصدقة وكذلك إن اختلفت الجهة بأن تصدق أحدهما نصيبه على ولده ثم على المساكين والآخر على إخوته، فإن انقرضوا كانت الغلة للحج يحج بها عنه كل سنة أو كان الواقف واحدا جعل نصفها للآمر الأول ونصفها للثاني؛ لأن الشيوع لا يتمكن في القبض متى كان القيم واحدًا؛ لأنه لا يتصور من الوالي الواحد تفريق القبض؛ لأنه لا يقبض أحد النصفين إلا بقبض الآخر؛ لأن أحدهما شائع في الآخر فحصل القبض؛ لأنه لا يقبض أحد النصفين إلا بقبض الآخر؛ لأن أحدهما شائع في الآخر فحصل قبض الكل مجتمعا وإنما تفرقت جهات القرب وذلك لا يمنع صحة الوقف كسبعة اشتركوا في بقرة أراد أحدهم جزاء صيد، والآخر كفارة حلق ونحوه، فإن قبض نصيب أحدهما ولم يقبض نصيب الآخر لا يصح الوقف حتى كان للذي قبض نصيبه أن يرجع عنه ويبيعه؛ لأنه ما لم يقبض الكل لا يثبت حكم الصدقة ولا تصير الصدقة لازمة كمن تصدق بجميع أرضه وسلم نصفها فله أن يرجع ما لم يسلم الكل.

ولو مات قبل أن يقبض نصيب الآخر بطل كله عند محمد؛ لأن تمام الصدقة موقوف على قبض الكل فصار وجود هذا القبض وعدمه بمنزلة بينهما.

أرض تصدق أحدهما بنصيبه على رجل وأمره بقبضه فلم يقبضه حتى يصدق عليه الآخر بنصيبه وأمره بقبضه جازت الصدقة كلها؛ لأن الصدقة واحدة باعتبار حكمها لأنهما لما أذنا له بقبض الكل لا يتصور منه قبض نصيب أحدهما إلا بقبض الكل؛ لأن نصيب كل واحد شائع في نصيب الآخر فيوقف القبض في النصف على انضمام قبض الباقي إليه فلا يثبت حكم الصدقتين إلا بقبض الكل.

ولو قبض نصيب الأول قبل أن يتصدق والثاني قبل منه لأنه حين قبض نصيب الأول لم يكن مأذونا في قبض نصيب الآخر فلم يصر قابضا نصيب الآخر حكما فيمكن الشيوع في القبض حال ثبوت الحكم؛ لأن نصيب كل واحد منهما جميع المعقود عليه.

ولو وكل المتصدق عليه وكل واحد بقبض نصيب أحدهما فقبضاها جميعا أو متفرقًا جاز هذا إذا قبض وكيلاه بخلاف ما لو تصدقا بها صدقة موقوفة ونصب كل واحد قيما لقبض نصيبه لم يجز، والفرق أنّ الشيوع في الصدقة المنفذة لم يتمكن في القبض حال ثبوت الحكم؛ لأن الصدقة انعقدت على أنها لا تفيد حكمها إلا في الكل؛ لأن المتصدق عليه واحد وقد أذنا له بقبض الكل فيكون قبض النصف من أحد الوكيلين موقوفا لا يفيد حكمه ما لم يوجد قبض الثاني، فأمّا في الصدقة الموقوفة الصّدقة من كل واحد منهما انعقدت موجبة للحكم إذا وجد قبض نصيبه؛ لأنه لم يتوقف قبض نصيب أحدهما على قبض نصيب الآخر؛ لأن كل واحد من الواليين لم يصر مأذونا بقبض نصيب الآخر فيكون الشيوع متمكنًا في قبض نصيب كل واحد حال ثبوت الحكم فمنع جوار العقد حتى لو كان كذلك في الصدقة المنفذة بأن تصدق كل واحد بنصيبه على إنسان على حدة وأذن له بقبضه لا يجوز.

(باب ما يجوز وقفه وما لا يجوز)

ويجوز وقف العقار وكلما كان تبعًا له من المنقول كما لو وقف أرضًا مع العبيد والثيران وآلات الجراية؛ لأنها توابع العقار لأن ما يفنى يجوز أن يكون تبعًا لما يبقى

إلى قيام الساعة فيثبت حكم الوقف فيه تبعًا للعقار كالشرب وكمن وقف دولابه وعليها سانية وحبلًا ودلوًا صار الكل وقفًا تبعًا، وكمن وقف دارًا صار البناء وقفًا تبعًا وإن البناء مما ينقل.

فأمّا إذا وقف المنقول مقصودًا ينظر إن كان كراعًا وسلاحًا يجوز وقفها في سبيل الله استحسانًا لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين شكى من خالد بن الوليد حين منع منه الزكاة، فقال: "**ولا تظلموا خالدا؛ فإنه احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ**[1] **فِي سَبِيلِ اللهِ تعالى**"[2].

---

(١) الْأَعْتَاد: آلَات الْحَرْب مِن السِّلَاح وَالدَّوَابّ وَغَيْرهَا، وَالْوَاحِد عَتَاد، وَمَعْنَى الْحَدِيث: أَنَّهُمْ طَلَبُوا مِنْ خَالِد زَكَاة أَعْتَادِهِ ظَنًّا مِنْهُمْ أَنَّهَا لِلتِّجَارَةِ، وَأَنَّ الزَّكَاة فِيهَا وَاجِبَة، فَقَالَ لَهُمْ: لَا زَكَاة لَكُمْ عَلَيَّ، فَقَالُوا لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلّم : إِنَّ خَالِدًا مَنَعَ الزَّكَاة، فَقَالَ لَهُمْ: إِنَّكُمْ تَظْلِمُونَهُ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهَا وَوَقَفَهَا فِي سَبِيل الله قَبْل الْحَوْل عَلَيْهَا، فَلَا زَكَاة فِيهَا، وَيَحْتَمِل أَنْ يَكُون الْمُرَاد: لَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ زَكَاة لَأَعْطَاهَا وَلَمْ يَشِحّ بِهَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَف أَمْوَاله لله تَعَالَى مُتَبَرِّعًا فَكَيْف يَشِحّ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ؟، وَاسْتَنْبَطَ بَعْضهمْ مِنْ هَذَا وُجُوب زَكَاة التِّجَارَة، وَبِهِ قَالَ جُمْهُور الْعُلَمَاء مِن السَّلَف وَالْخَلَف خِلَافًا لِدَاوُدَ، وَفِيهِ دَلِيل عَلَى صِحَّة الْوَقْف، وَصِحَّة وَقْف الْمَنْقُول، وَبِهِ قَالَت الْأُمَّة بِأَسْرِهَا إِلَّا أَبَا حَنِيفَة وَبَعْض الْكُوفِيِّينَ. شرح النووي على مسلم - (ج٣/ ص٤١٦)

(٢) أخرجه «البخاري» ٢/١٥١ (١٤٦٨) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. و«مسلم» ٣/٦٨ (٢٢٣٩) قال: حدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا علي بن حفص، قال: حدثنا ورقاء. و«أبو داود» (١٦٢٣) قال: حدثنا الحسن بن الصباح، قال: حدثنا شبابة، عن ورقاء. و«الترمذي» (٣٧٦١) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. و«عبد الله بن أحمد» ٢/٣٢٢ (٨٢٦٨) قال: حدثني داود بن عمرو الضبي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد. و«النسائي» ٥/٣٤، وفي «الكبرى» (٢٢٥٦) قال: أخبرنا أحمد بن حفص، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن موسى. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٩) قال: حدثنا أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم، عن موسى بن عقبة. وفي (٢٣٣٠) قال: حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. و«ابن حبان» (٣٢٧٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن بن محمد، قال: حدثنا محمد بن مشكان، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. وفي (٧٠٥٠) قال: أخبرنا حاجب بن أركين الفرغاني، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا =

ولا يجوز وقف ما سواهما من المنقول عند أبي يوسف؛ لأن القياس يأبى جوار الوقف؛ لأنه فيه إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى دون التمليك من عبده إلا أنا تركنا القياس واتبعنا الأثر في السلاح فبقي ما عداه منفيا بقضية القياس.

وقال محمد: ما تعارف الناس بمثل وقفه من المنقول، فإنه يجوز استحسانًا كالمنشار والفأس والقدور والمراحل والجبارة والمصحف ونحوها وما لم يتعارف وقفه لا يجوز كوقف الثياب والأمتعة والحيوان؛ لأن ترك القياس جائز بتعامل الناس وتعارفهم ولهذا جوزنا الاستصناع بالتعامل وما لا عرف ولا نص فيه يرد إلى ما يقتضيه القياس.

وقال الشافعي: يصح وقف كل عين يمكن الانتفاع به في بقاء عينه ويجوز الوقف على تجهيز الرّجال بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله لأنّ هذه الجهات قربة فجاز الوقف عليه كالوقف على الفقراء.

وأمّا وقف الكتب اختلفوا فيه؛ والأصح أنه يجوز لمكان التعارف.

وذكر الناطفي في "واقعاته": رجل جعل فرسه حبيسًا في سبيل الله جاز لمكان العرف ولأنه بمعنى الكراع والسلاح، فالفضل الوارد ثمة يكون واردًا هنا دلالة ولا يؤاجر؛ لأنه أعدّ لأمر آخر إلا إذا احتيج إلى نفقتها فيؤاجر بقدر ما ينفق عليها وهذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى النفقة للعمارة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه.

ولو وقف ثورًا على أهل قرية لإيراء نفورهم لا يصح؛ لأن وقف المنقول لا يجوز مقصودا إلا فيما فيه تعارف ولا تعارف هنا.

ولو وقف بقرة على رباط على أن لبنها وسمنها يعطى أبناء السبيل جاز إن كان في موضع تعارفوا بذلك لمكان العرف.

وذكر هلال في وقفه: رجل وقف أرضا وفيها زرع أو ثمر لا يدخل الزرع والثمر

=

شبابة، قال: حدثنا ورقاء. أربعتهم: (ورقاء بن عمر، وشعيب بن أبي حمزة، وعبد الرحمن بن أبي الزناد، وموسى بن عقبة) عن أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

في الوقف؛ لأن الزرع والثمرة بمنزلة المنقولات الموضوعة في الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع والهبة والصدقة إلا بالشرط فكذا لا يدخل يجب الوقف إلا بالشرط.

ولو وقف أرضًا بجميع ما فيها ومنها وفيها ثمرة قائمة يوم الوقف لا تدخل في الوقف لأنها ليست من توابع العقار ولكن يلزمه التصدق بها على الفقراء على معنى النذر لا على معنى دخولها في الوقف.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل قال في مرضه جعلت برك كرمي أو غلة كرمي وقفًا وفي الكرم ثمرًا ولم يكن يصير كرمه وقفا بثمرة إن كان؛ لأن تصحيح كلامه واجب ما أمكن وقد أمكن بجعله عبارة عن قوله جعلت كرمي بما فيه من البرك والثمرة وقفا وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن لا يصير وقفًا بل يكون نذرًا.

ولو وقف شجرةً بأصلها جاز؛ لأنه وقف الأرض مع الشجرة والمنقول يدخل في الوقف تبعًا للعقار ثم إن كانت الشجرة ينتفع بثمارها أو بأوراقها أو بأصلها لا يقطع أصلها؛ لأنه يفوت الانتفاع بها إلا إذا أفسد أغصانها، وإن كان لا ينتفع بها أصلا تقطع ويتصدق؛ لأنه لا ينتفع بالشجر إلا بعد القطع، وكذلك لو وقف شجرة بأصلها على مسجد فيبست أو يبس بعضها يقطع اليابس ويترك الباقي؛ لأن اليابس لا ينتفع به إلا بالقطع وغير اليابس لا.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل وقف برج الحمام أو دارًا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات؛ لأن هذا من مرافق الدار وبرج الحمام فيكون تبعًا له والمنقول يدخل تحت الوقف تبعًا، وكذلك لو وقف بيتًا فيه كوارة العسل يجوز ويصير النحل تابعا للعسل.

رجل اشترى عقارًا فوقفه قبل القبض وقبل نقد الثمن فالأمر موقوف إن أدى الثمن وقبضه جاز الوقف وإن مات ولم يترك مالًا يباع العقار ويبطل الوقف بخلاف ما لو أعتق المبيع قبل القبض صح؛ لأن العتق لا يحتمل النقض، فأمّا الوقف تصرف يحتمل النقض بعد وقوعه، ألا ترى أنه لو وقف في مرضه ثم مات وعليه دين ينقض وقفه.

ولو أعتق عبده لا ينقض. رجل جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فالأشجار بأصلها ملكه؛ لأن موضع الأشجار لم يصر وقفا؛ لأنه مشغول بملكه، وكذلك لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فيه؛ لأنه مشغول بالبناء ويتعذَّر الدفن تحته، وإن كانت الأرض مواتًا واتخذها أهل القرية مقبرة وفيها أشجار، فإن كانت الأشجار ثابتة قبل اتخاذ الأرض مقبرة فهي بأصلها على حالها القديم وإن ثبتت بعد إيجاد الأرض مقبرة، فإن علم لهَا غارس فهي له لأنها ملك الغارس حصل بصنعه، وإن لم يعرف لها غارس كانت في حكم الوقف، ألا ترى أن الشجرة إذا أنبتت في ملك إنسان ولا يعرف لها غارس كانت ملكًا لصاحب المحل فكذا هذا. رجل وقف أرضًا وفيها أشجار واستثنى الأشجار لا يجوز الوقف؛ لأنه صار مستثنيا للأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا. رجل غرس في المسجد تكون للمسجد؛ لأنه بمنزلة البناء للمسجد، وكذا لو بنى في الأرض الوقف أو نصب فيها بابا، فإن نوى عند البناء أنه بناء للوقف تصير وقفا؛ لأنه جعله وقفا ووقف البناء بيعا لغيره يجوز، وإن لم ينو ذلك لم يصر وقفا؛ لأنه لم يجعله وقفا.

ولو غرس في أرض موقوفة على الرباط إن نوى الغارس تعاهد الأرض الموقوفة فالأشجار للوقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، وإن لم ينو فهي للغارس وله قلعها؛ لأنه ليس له هذه الولاية، ولو غرس على طريق العامة أو على شط نهر العامة أو على شط حوض القرية فالشجرة للغارس وله رفعها؛ لأنه ليس له ولاية على العامة.

(باب الوقف على شيء بعينه ولم يذكر في آخره للفقراء)

ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم؛ لأن الوقف على الغني ليس بقربة؛ لأنه ليس بسبب لاستجلاب الثواب كما في الصدقة لما بينا في الهبة.

ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء يجوز ويكون الحق للأغنياء ثم للفقراء؛ لأنه يكون قربة في الجملة، فإن انقرض الأغنياء يصرف إلى الفقراء فصح والواقف شرط هكذا فيعتبر شرطه.

ولو وقف على شيء بعينه ولم يذكر في آخره للفقراء فهو على ستة أوجه:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة لله أو موقوفة لله تعالى تصير وقفًا على الفقراء ذكر الأبد أم لا؛ لأنه وقف على وجه القربة وهو التقرب إلى الله تعالى والمراد من ذكر اسم الله تعالى الفقراء عرفا وعادة؛ لأنه وقفها على شيء لا ينقطع أجره ولا ينصرم ثوابه وذلك بالوقف على الفقراء لأنهم لا ينقرضون إلا أنه ذكر اسم الله تعالى على وجه التبرك باسمه فكان وقفا على الفقراء دلالة وعرفا.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على وجه الخير والبرّ أو على اليتامى فأراد جنس اليتامى يصير وقفًا على الوجه الذي سمّاه؛ لأن وجود الخير والبر وحبس اليتامى لا ينقطع، فإذا أضاف إلى وجه لا ينقطع أبدا جاز الوقف مؤبدًا كالفقراء.

والثالث: لو قال: أرضي هذه موقوفة على فلان بعينه أو على ولدي أو على فقراء قرابتي أو فقراء قريتي، وهم يحصون أو على اليتامى ولم يرد به جنسه لا يصير وقفًا عند محمد؛ لأنه وقع على شيء ينقطع وينقرض ولا يتأبد، وعند أبي يوسف يصح؛ لأن التأبيد ليس بشرط عنده هذا إذا لم يذكر مع الوقف الصدقة وإن ذكر.

وهو الرابع: بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما وإن لم يذكر الأبد والغلة لفلان ما دام حيًا، فإذا مات هو تصرف الغلة إلى الفقراء؛ لأنه إن ذكر الأبد فقد شرط التأبيد والتأبيد لا يقع إلا بالفقراء لأنهم لا ينقرضون إلى يوم القيامة وكان المراد منه الوقف على الفقراء دلالة ذكر لفظ الأبد وكذلك إن لم يذكر الأبد؛ لأنه لما نص على الصدقة والصدقة لا تكون إلا للفقراء كان هذا وقفا على الفقراء وذكر فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيًا.

والخامس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين تصير وقفا ذكر الأبد أم لا؛ لأنه وقف مؤبّد لأنّ المساكين لا ينقرضون أبدا فكان ذكر الأبد وجوده وعدمه بمنزلة.

والسادس: لو وقف أرضه على عمارة مسجد بعينه ولم يذكر آخره للمساكين

اختلفوا فيه؛ قيل: عند محمد لا يجوز؛ لأن من أصله أن المسجد إذا خرب واستغنى الناس عن الصلاة فيه يعود ملكا إلى صاحبه متى كان حيا أو إلى ورثته بعد وفاته فقد وقف على شيء لا يتأبد وينقطع فلا يجوز، وعلى قول أبي يوسف يجوز؛ لأن عنده لا يعود ملكًا بالخراب بل ببقائه مسجدا أبدا وقيل ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه وقف على عمارة المسجد، والمسجد وإن بقي مسجدا بعد الخراب لكنّه يستغني عن العمارة فلم يقف مؤبدا وقيل ينبغي أن يجوز بالإتفاق وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر وهو المختار لمكان العرف، فإن الناس تعارفوا الوقف على مسجد بعينه والقياس يترك بالعرف كالوقف في المنقول فيما تعارفوا ولأن إيجاد المسجد جائز في الحال، وإن كان ربّما يستغنى عنه وكذلك الوقف على عمارته يجوز، وإن كان ربما يستغنى عنه وهذا لأن حمل الأمر على الغالب واجب والغالب هو السلامة.

وكذلك على هذا الخلاف لو قال: أوصيت بثلث مالي على هذا المسجد، فإن قال: بثلث مالي وقف أو وصية على المساجد يجوز؛ لأنه وجه من وجوه الخير ولا يتوهم انقطاعه.

ولو تصدق على مسجد أو طريق المسلمين قيل لا يجوز وقيل يجوز وهذا الأظهر كالوقف.

ولو وقف أرضه على عمارة مصاحف موقوفة لا يجوز؛ لأنه لا عرف.

ولو وقف صنعه على مسجد على أن ما فضل من العمارة هو للفقراء فأجمعت الغلة والمسجد لا يحتاج إلى العمارة للحال هل تصرف تلك الغلة إلى الفقراء اختلفوا فيه والمختار أنه إذا اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والضيعة إلى العمارة يمكن العمارة منها وزيادة تصرف الزيادة إلى الفقراء ليكون جمعًا بين شرط الواقف وصيانة الوقف.

(فصل)

وذكر في الأصل: لو وقف على أمهات أولاد فلان ثم للفقراء ما لم يتزوجن جاز؛ لأنه لو وقف على مواليهن جاز، فكذا إذا وقف عليهنّ إلا من يتزوج منهنّ فلا شيء لهَا، فإن تزوجت واحدة منهنّ ثم طلقها زوجها فلا شيء لها؛ لأنه استثنى من

الوقف من يتزوج منهن إلا إذا شرط أن من تزوجت منهن وطلقها زوجها فلها أيضًا ذلك؛ لأنه استثنى من هذا المستثنى من طلقها زوجها والمستثنى من النفي إثبات، وكذلك لو وقف على بني فلان إلا من خرج من البلد أو على بني فلان ممن يتعلم العلم فخرج بعضهم ثم عاد وترك بعضهم العلم ثم اشتغل فلا شيء له إلا إذا قال من خرج ثم عاد أو ترك العلم ثم اشتغل فله أيضًا بخلاف ما لو وقف على أقاربه المقيمين في بلد كذا هذا فانتقل أقاربه من تلك البلدة إن بقي هناك منهم أحد صرف الكل إليه، وإن لم يبق صرف إلى الفقراء؛ لأنه جعل آخره للفقراء فلو أنهم رجعوا إلى البلدة ثانيًا تعود وظائفهم؛ لأنه أثبت الوظيفة للساكن في تلك البلدة غير مؤقت بوقت ففي أي وقت يكون ساكنا فيها يستحق الوظيفة وفي المسألة المتقدمة نفي الاستحقاق للوظيفة لمن خرج أو ترك التعلم مطلقًا فلو استحق بالعود لبطل نفي الواقف وهذا لا يجوز نصراني وقف على أولاده وأولاد أولاده، فإذا انقرضوا فعلى فقراء المسلمين جاز الوقف؛ لأن هذا وقف على فقراء المسلمين، وكذلك لو قال، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء جاز فإذا انقرضوا أصرف إلى فقراء المسلمين لأن حقهم أقوى لشرف الإسلام فيتعيبون عند الإطلاق ولو قال فإذا انقرضوا فعلى فقراء النصارى لم يجز هذا الوقف؛ لأن الوقف على فقراء النصارى لا يجوز؛ لأنه معصية في حقنا.

رجل ذهب له شيء فقال: إن وجدته فلله علي أن يوقف أرضه على أبناء السبيل فوجدها يجب عليه أن يقف؛ لأن هذا نذر والوفاء بالنذر واجب، فإن وقف على الأجانب أو على قرابته ممن يجوز له دفع الزكاة إليه جاز ويخرج عن نذره هو إن وقف على قرابته التي لا يجوز دفع الزكاة إليها صح الوقف؛ لأن الوقف على هذه القرابة صحيح والنذر باقٍ؛ لأنه لم يؤدِّ المنذور؛ لأن صرف الصدقة الواجبة إلى من لا يجوز إعطاء الزكاة إليه لا يجوز.

(باب الرجل يقف على ولده أو ولد ولده أو نسله ويجعل أجره للفقراء)

فيه فصول:

فصل في الولد.

وفصل في ولد ولده.

وفصل في نسله.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا ذكر الولد مطلقًا.

والثاني: إذا ذكر موصوفًا.

فالأول: لو وقف على أولاده يدخل فيه أولاده لصلبه وأولاد أبنائه، فأمّا أولاد البنات فيه روايتان:

ذكر هلال والخصاف عن محمد: أنهم يدخلون فيه؛ لأن اسم الولد يتناولهم لأن الولد اسم المتولد متفرع من الأصل وأولاد البنات متفرعة متولدة من الأم وأمهم متولدة من الجد فكاتب بواسطة الأم مضافة إلى الجد، ولهذا قال عليه السلام للحسن والحسين عليهما السلام: "**أولادنا أكبادنا**".

وذكر محمد في (السير الكبير): إذا استأمن الحربي على أولاده فأولاد بناته لا يدخلون في الأمان لأنهم ليسوا بأولاده.

وهكذا ذكر على الرازي في مسائل جمعها في الحسابيات؛ لأن اسم الولد لأولاد البنات مجاز؛ لأن الولد حقيقة من ولده وحكما وعرفا من يكون منسوبا إليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنت.

قال الشعبي: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهنّ أبناء الرّجال الأباعد والنبي صلى الله عليه وسلم لما سماهما ولدًا مجازًا بدليل قوله تعالى: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] أو كان لأولاد فاطمة رضي الله عنها على الخصوص كما قال عليه السلام: "**كل أولاد يتتمون إلى آبائهم إلا أولاد فاطمة فإنهم ينسبون إليّ، أنا أبوهم**"(١). والأظهر أن ذلك كان بطريق المجاز لئلا يكون الحديث مخالفًا للكتاب.

---

(١) أخرجه الطبراني (٣/٤٤، رقم ٢٦٣١). قال الهيثمي (٤/٢٢٤): فيه بشر بن مهران وهو متروك.

ولو وقف أرضه على أولاده وجعل آخره للفقراء فمات بعضهم يصرف الوقف إلى الباقين، وإن ماتوا صرف إلى الفقراء؛ لأنه بقي بعد موت بعضهم أولاده فاستحقه الباقون بخلاف ما لو وقف على فلان وفلان سماهم بعينهم من أولاده وجعل آخره للفقراء ثم مات واحد منهم يصرف نصيبه إلى الفقراء؛ لأنه وقف على كل واحد منهم بعينه، فإذا مات واحد منهم كان نصيبه للفقراء؛ لأنه لم يستحق الباقون من أولاده.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى ولد فلان فعند هلال بن يحيى يدخل كل من كان موجودا وقت حدوث الغلة.

وعند يوسف بن خالد السمتي: يدخل من كان موجودًا يوم الوقف لا من يحدث بعده؛ لأن الحق يجب لهم عند الوقف بدليل أن الواقف لو أراد أن يرجع عن الوقف في حال حياته لا يصح رجوعه وهلال يقول بأن الحق إنما يجب في الغلة لا في العين؛ لأن التصدق جرى في الغلة لا في العين لما بينا فينظر إلى وقت حدوث الغلة فصار يوم حدوث الغلة في حق وجوب الحق كيوم موت الموصي في حق وجوب الملك للموصى له في الوصية، وكذلك لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر إلى من كان فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له ثم في كل موضع ثبت الحق للولد في الغلة إنما يثبت لولد له نسب معروف من الواقف لا من يعرف نسبه فقول الواقف حتى لو جاءت جاريته بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فادّعاه الواقف ثبت النسب ولا حصّه له من الغلة، ولو جاءت امرأته أو أم ولده بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فله أن يشاركهم؛ لأنه يعلم أنه كان موجودًا وقت وجوب الحق في الغلة والواقف غير متهم في هذا؛ لأنه يثبت النسب بالغراس لا بقوله وفي ولد الجارية يثبت النسب بقوله ودعوته فيكون متهمًا فيه ولا يصدق في حق غيره وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال يجوز أن يقال على قول علمائنا الثلاثة أنه يدخل في الوقف ولد جاريته الذي ادعى نسبه قياسًا على ما إذا باع دارا بجارية فأخذها الشفيع بالشفعة ثم ولدت الجارية ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعاه البائع ثبت نسبه منه وبطل البيع والشفعة وقد صدق في إبطال الشفعة فكذا تصدق في استحقاق الغلة.

وحكي عن الفقيه أبي الليث أنه قال: يجوز أن يقال: لا تصدق في حق الوقف بالاتفاق بخلاف الشفعة.

والفرق أن هناك يصدق البائع في إبطال البيع لا غير إلا أنه لما صدق فيه تبطل الشفعة حكما وضرورة وهذا ما قصد بهذا الإقرار إلا إيجاب الشركة لهذا الولد في الوقف وفي ذلك إبطال حق الباقين قصدا فلا يصدق فيه وهناك يطلب الشفعة حكما لا قصدا ويجوز أن يثبت الشيء حكما فإن كان لا يثبت قصد العزل الوكيل ثم تكلموا في معرفة اليوم الذي يجب الحق في الغلة ذكر هلال هو اليوم الذي صارت للغلة قيمة ولم يشترط الفصل عن المؤن وقيل هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن وقيل في بلادنا هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن والخراج وثوابت القاهرة كالدين الواجب في الغلة فيصير بمنزلة مريض مات وعليه دين وله مال، فإن كان الدين محيطًا بماله يصرف إلى الدين، وإن لم يكن محيطا يكون ملكا للورثة مشغولا بالدين وكذا حالة الغلة إذا كانت المؤن والخراج محيطا بها فإنها تصرف إليها، وإن كان فيها فضل عن المؤن تكون ملكا للموقوف عليهم مشغولا بالخراج والمؤن، فإن مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن تصير للغلة قيمة لا يصير نصيبه ميراثا وإن مات بعدما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا وهذا على قول هلال وعلى هذا القياس قول الآخرين فافهم.

(فصل)

الأصل فيه: أنه متى وصفه بشيء لا يزول أو إذا زال لا يعود حل ذلك الوصف محل القسمة، ولو سماه باسمه لا يدخل فيه غيره فكذا إذا وصفه بصفة لا تزول.

ثم المسائل على أوجه:

الأول: لو وقف أرضه على ولده الذكور يدخل فيه الذكور دون الإناث؛ لأنه وصف الولد بصفة لا تزول فصار كأنه سماه باسمه، وكذا لو وقف على العور من ولده أو على الصغار من ولده يدخل من كان عورا وصغيرًا يوم الوقف؛ لأن العور معنى لا يزول والصغر إذا زال لا يعود فحل ذكره محل التسمية.

والثاني: لو وقف على الفقراء من ولده أو على من يسكن البصرة من قرابته يدخل من كان فقيرًا من ولده وساكنا من قرابته بالبصرة يوم حدوث الغلة لا يوم الوقف؛ لأن الحق يجب لهم وقت حدوث الغلة.

ولو وقف على من افتقر من ولده يدخل من صار فقيرا قبل حدوث الغلة من ولده بعد الوقف لا من كان فقيرا اليوم عند محمد رحمه الله وعند هلال يدخل فيه كلاهما جميعًا؛ لأن الفقر صفة لمن يستحق الغلة فكل من وجد على تلك الصفة يدخل فيه سواء كانت موجودة يوم الوقف أو حدثت بعده كما لو وقف على من احتاج من ولده يدخل فيه كلاهما؛ لأن الاحتياج صفة لمن يستحق الغلة فكل من اتصف بتلك الصفة دخل.

لمحمد: أن الافتقار على وزن الافتعال وذلك يكون للمستقبل لا للماضي فيصير كأنه قال: وقفت أرضي على من يصير فقيرا من ولدي وهذا يتناول من اتصف بهذه الصفة بعد الوقف، كما لو قال: وقفت على من يسلم من ولدي أو على من يتزوج من ولدي يدخل فيه كل من أسلم ويتزوج بعد الوقف لا من كان مسلما أو متزوجا يوم الوقف بخلاف لفظة الاحتياج؛ لأنه يستعمل للحال.

(فصل)

إذا وقف أرضه على ولده وولد ولده فهو على ثلاثة أوجه:

الأوّل: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي يدخل فيه ولده لصلبه وولد ولده الموجود يوم الوقف ومن حدث بعده ويشترك البطنان في الغلة ولا يدخل منه من أسفل من هذين البطنين؛ لأنه خص هذين البطنين بالذكر فلا يدخل غيرهما ويدخلون فيه أولاد البنات في رواية الخصاف وهلال؛ لأن اسم الولد لمن ولدته حقيقة فما ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة ولا يدخلون في ظاهر الرواية وعليه الفتوى؛ لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولادهم مطلقًا لأنهم منتسبون إلى الأب لا إلى الأم.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي وأولادهم

يدخل فيه البطون كلها وإن كثروا الأقرب والأبعد فيه سواء؛ لأنه لما قال أولادهم فقد ذكرهم مضافا إلى أولاده لا إلى نفس الواقف وقد ذكر أولادهم على العموم فيقع ذلك على البطون كلها.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أولادي فيدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يكون الكل للبطن الأول ما دام باقيًا، فإذا انقرض يكون للثاني، فإذا انقرض يكون للثالث والرابع والخامس فتشترك هذه البطون في القسمة والأقرب والأبعد فيه سواء؛ لأن المراد بهذا الوقف صلة أولاده وبرهم والإنسان في العادة يقصد صلة ولده خلقة أولا إمّا لخدمته إياه أو لقربه منه فالبطن الأول أكثر خدمة وأقرب منه وأحب نفسا إليه، فكان علة استحقاقهم أرجح فكان الصرف إليهم أحق ثم البطن الثاني؛ لأن النافلة قد تخدم الجد، وتعد أقرب إليه ممن هو أسلف منه، فكان البطن الثاني أولى بعد انقراض البطن الأول، فأما ما عدا هذين البطنين قل ما يدرك الرجل خدمتهم، فكان قصده بالوقف عليهم برهم وصلتهم لأجل أنفسهم إليه لا لأجل الخدمة وهم في انتسابهم إليه على السواء فاستووا في علة الاستحقاق فاستووا في الاستحقاق.

(فصل)

مسائله على أوجه:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نسلي يدخل فيه من كان من ولده ونسله مخلوقا يوم الوقف أو انخلق بعده لأن النسل اسم عام يقع على البطون كلها، وإن كان في نسله أولاد البنات. ذكر هلال أنهم لا يدخلون في الوقف.

وعن محمد: فيه روايتان: فمن أوصى بثلث ماله لذرية فلان أو أشياء من الحربي من ذرية قوم الأم، ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء من ذرية آبائهم كما قال المأمون: إنما أمهات النساء أوعية مستودعات وللإنسان آباء، وفي رواية يدخل فيه لأن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل، ألا ترى أن الناس كلهم ذرية آدم عليه السلام ونوح والأب والأم أصلان للولد ثم الأم من ذرية ابنها فما يتولد منها يكون من ذريته أيضًا ومعنى الأصلية والتولد وجانب الأم راجح؛ لأن ماء الفحل يصير

مستهلكا بحضانتها في رحمها وإنما يكون الولد متولدًا منها بواسطة إرسال ماء الفحل في رحمها، فإذا جعل النافلة من ذرية أب ابنه فكذلك يجعل من ذرية أب أمّه ولما ثبت ذلك في الذرية ثبت في النسل لأنهما سواء.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي المخلوقين ونسلي فعند يوسف بن خالد يدخل فيه من كان من ولده ونسله مخلوقا يوم الوقف ولا يدخل من لم يكن مخلوقا يومئذ؛ لأن من أصله: لو وقف على ولده لا يدخل فيه غير المخلوقين من ولده يوم الوقف فكذا هذا وعند عامة مجيزي الوقف يدخل فيه من كان مخلوقا يوم الوقف ومن انخلق بعده؛ لأن الموجودين يدخل بقوله ولدي وغير الموجودين يدخل بقوله نسلي.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي المخلوقين ونسلهم يدخل فيه المخلوقون من ولده ونسلهم سواء كان النسل مخلوقا أم لا ولا يدخل فيه غير المخلوقين من ولده ولا نسلهم؛ لأن الواقف شرط لولده المخلوقين لا لغير المخلوقين.

والرابع: لو وقف صيغة على ولديه لفظة الصدقة، فإذا انقرضا فعلى أولادهما وعلى أولاد أولادهما أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرض أحد ولديه وخلف ولدا تصرف نصف الغلة إلى الولد الباقي والنصف إلى الفقراء، فإن مات ولده الباقي صرف الكل إلى أولادهما والأولاد أولادهما لأن شرط الواقف مراعى والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين فلم ينفرضا، فكانت حصة الذي انقرض للفقراء للفظ الصدقة.

(باب كيفية صَرف غلّة وقف الفقراء إليهم)

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فيه فقراء قرابته وأولاده أيضًا وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأن الصرف إليهم صدقة وصلة ثم الصرف إلى ولد الواقف أفضل؛ لأنه إلى الواقف أقرب فكانت الصلة في حقه أقوى وأحب من ذوي قرابة ثم إلى قرابة الواقف ثم إلى موالي الواقف ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم إلى الواقف منزلا هكذا ذكره هلال بن يحيى مطلقًا.

وقال بعض مشايخنا: إن نازع أقرباءه غيره في ذلك لا يعطون شيئًا، وإن لم يتنازعوا يعطي لهم بعض الغلة ويعطي البعض الأجانب أو يعطي الكل لهم لكن في بعض الأوقات؛ لأنه لو صرف بالكل إليهم على الدوام ربما يقع عند الناس أنها وقف عليهم فمتى طال العهد وامتد الأمر في ذلك ربما يتخذونه ملكًا لأنفسهم، فإن أعطى القاضي بعض القرابة ولم يقض لهم بذلك ولم يجعل راتبًا لهم في الوقت كان لقاض آخر أن ينقض ذلك، وإن قضى بذلك وجعله راتبًا لهم في الوقف صار ذلك وصاروا هم أولى من بين سائر الفقراء وليس لقاض آخر أن ينقض ذلك؛ لأن الأول في موضع الاجتهاد فصار فعل القاضي كفعل الواقف، ويكره أن يعطي كل فقير مائتي درهم بل يعطي أقله؛ لأن هذا ابتداء إعطاء من الوقف على وجه التمليك فأشبه زكاة المال وفي الزكاة يلزمه أن يعطي كل فقير مائتي درهم فكذا هذا بخلاف ما لو وقف على فقراء قرابته وهم يحصون قسمت الغلة كلها بينهم.

وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتي درهم؛ لأن هذه وصية وصفها لكل واحد منهم فصار كالوصية، وإن وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته أو على الأحوج فالأحوج من قرابته، فإنه يعطي كل رجل مائتي درهم ولا يعطي الأكثر؛ لأنه بالمائتين خرج عن حكم الفقراء، ألا ترى أن في الابتداء لو كان يعطي له مائتي درهم لم يعط له من الغلة شيء فكذا إذا تحصل له في الانتهاء مائتا درهم، فأمّا الجيران فللقيم أن يعطي ما شاء قلت لا أو كثيرا لأن الجيران إن كانوا أولى على وجه البداية بهم بحال قربهم وجوارهم.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على المسلمين واحتاج بعض ورثة الموصي ينظر إن كان لا يجوز له الوصية لا يجوز صرف الغلة إليه، وإن كان ممن يجوز له الوصية يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن أصل هذا الوقف جار على طريق الوصية فما يخرج من الغلة كان صرفها بطريق الوصية؛ لأنه تابع للأصل فكل من يجوز له الوصية جاز صرف هذه الغلة إليه إذا كان فقيرًا وإلا فلا بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله للمساكين، فإذًا للوصي أن يعطي من ذلك شيئًا لبعض ورثته والورثة كلهم كبار فأجازوا كلهم جميعًا كان للوصي أن يعطي إذا كان فقيرا؛ لأن

هناك المال بقي على ملك الورثة فتجوز إجازتهم في ملك أنفسهم، أمَّا هنا الغلة على ملك الفقراء وإجازتهم لا تعمل في ملك الفقراء.

ولو وقف نصف أرضه على فقراء المسلمين ونصفها على فقراء قرابته أو وقف أرضين إحداهما على فقراء المسلمين والثانية على فقراء قرابته ولم يكن فيما وقف عليهم كفاية، فإنه لا يعطي كل واحد من الفريقين مما وقف على الآخر عند يوسف بن خالد وهلال؛ لأن الواقف هكذا شرط، وقد قال صلى الله عليه وسلم: "**المؤمنون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**"(١).

وعند أبي يوسف: يجوز ذلك، لأن ذكر هذين الفريقين لبيان المصرف أنه يصرف الغلة إلى هذا النوع لا بتخصيصهم بالاستحقاق لها كما أن الله تعالى ذكر الأصناف السبعة في الصدقات لبيان محلية الصرف لا لبيان الاستحقاق للكل فكذا هذا، وإلى أيهما صرف جاز. وقف ضيعة على الفقراء فمات وله ابنة صغيرة ضعيفة هل للقيم أن يصرف إليهَا مقدار حاجتها؟ ينظر إن كان الوقف في الصحة جاز وهو الأفضل، وإن كان في المرض لا يجوز؛ لأن هذا بمعنى الهبة والصلة والهبة للوارث تجوز في حالة الصحة ولا تجوز في حالة المرض.

(فصل)

ومن ليس له مال ثبت الحق له في هذا الوقف ويحل له الأخذ مكتسبًا كان أو عاجزًا؛ لأن هذه صدقة التطوع ويحل للقادر المكتسب أخذ صدقة التطوع ويكره له أخذ الزكاة على وجه المسألة، وإن كان له مال تجب فيه الزكاة لا حق له في الوقف؛ لأنه غني ولا تحل الصدقة للغني مطلقًا بالنص، وإن كان له مال فيه لا مال زكاة، وإن لم يفضل عن حاجته فله حق في الوقف؛ لأنه فقير، ولهذا يحل له الزكاة وإن فضل عن حاجته مقدار مائتي درهم فصاعدا لا حق له في الوقف؛ لأنه غني في حق حل أخذ الصدقة؛ لأن عنده ما يكفيه، ولهذا يجب عليه

---

(١) أخرجه الطبراني (٢٧٥/٤، رقم ٤٤٠٤). قال الهيثمي (٢٠٥/٤): فيه حكيم بن جبير، وهو متروك، وقال أبو زرعة: محله الصدق إن شاء الله. وأخرجه أيضًا: الإسماعيلي (٧٤٩/٣)، وابن عدي (٤٢/٦ ترجمة ١٥٨٦ قيس بن الربيع).

صدقة الفطر والأضحية، ثم من ولد منهم بعدما حدثت الغلة لأقل من ستة أشهر وهو فقير فلا حق له في هذه الغلة؛ لأن ما في البطن لا يوصف بالفقر؛ لأنه لا يحتاج إلى شيء وإنما يكون غناه تامة، وإن كان في يد أحدهم من غلة السنة الماضية مائتا درهم، فأدركت الغلة الثانية فلا حق له في الغلة؛ لأنه غني عند إدراك الغلة، وشرط الواقف الفقراء، فإن اجتمعت الغلتان وأدركتا ونصيب كل واحد منهم من أخذ الغلتين مائتا درهم يحل له أخذهما جميعا؛ لأن وجود الغلتين صادف حالة الفقر، ألا ترى لو أوصى رجل لفقراء قرابته وأوصى رجل آخر لفقراء قرابة الأول فماتا جميعًا معا فأصاب كل واحد من الوصيين أكثر من مائتي درهم يجب الحق لهم في الوصيتين جميعًا.

ولو مات أحدهما أولا ثم مات الثاني فلا حق لهم في وصية من مات آخرًا فكذا هذا، وكذلك لو جعل الواقف لكل واحد قوتًا والمراد بالقوت هي الكفاية فهو على هذا.

مسائله على قسمين:

أحدهما: في إثبات القرابة والفقر.

والثاني: في استحقاقهم في الوقف.

أما الأول: لو وقف أرضه على فقراء قرابته فادعى رجل أنه فقير وهو قريب الواقف يحتاج إلى إثبات القرابة والفقر؛ لأن شرط الواقف أن تكون الغلة مصروفة إلى فقير هو قريبه فما لم تثبت القرابة والفقر لا يتصف بالوصف الذي يستحق به الغلة والفقر، وإن كان كائنا باعتبار الأصل والظاهر لكن الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، فإن أقام البينة على قرابته لا تقبل ما لم يفسر الشهود قرابته وهو أن يكون من ذوي الأرحام؛ لأن القرابة أنواع وأحكامها مختلفة فلا يدري القاضي بأي ذلك يقضي فصار كما لو قامت البينة أنه وارث فالآن لا تقبل ما لم يفسر جهة الإرث وإن أقام البينة على فقره ينبغي أن يفسر الشهود أنه فقير معدم لا يعلم له مال ولا أحد يلزمه نفقته، وإذا قضى القاضي بإعدامه لا يكون قضاء بالإعدام في حق الدين لأن حكمها مختلف؛ لأن من كان له مسكن وخادم وعروض للكفاية يكون

معدمًا في حق الوقف ويعطى له من الوقف ولا يكون معدما في حق مطالبة الدين. ثم جاء يطلب الوقف يعطى له، هكذا ذكر هلال بن يحيى.

وقال الفقيه أبو جعفر: يجب أن يثبت مع ذلك أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأن ذلك لم يدخل بالقضاء في الفقر في حال يطلب الدين من إثبات ذلك استحقاق الواقف لما نبيّن.

وأمّا **الثاني** فالأصل فيه أن كل من كان مكفي المؤنة من مال الغير بسبب أو نسب ويملك الاستيفاء بغير فرض القاضي فلا حظ له في هذا الوقف؛ لأن ذلك يدرّ عليه على ممرّ الأيام فصار كأنه ماله فصار مستغنيا بهذا، وكل من له مؤنة من مال الغير ولكن لا يملك الاستيفاء إلا بفرض القاضي فله حظ في هذا الوقف؛ لأنه إذا لم يقدر على الاستيفاء بغير رضا الغير لا يصير ماله كماله فلم يصر غنيا به. بيانه: إذا وقف أرضه على فقراء قرابته وله قريب غني، ولهذا الغني أولاد فقراء، فإن كانوا صغارًا ذكورًا كانوا أو إناثا لا أزواج لهنّ أو ذكورًا زمنى أو مجانين فلا حظ لهم في هذا الوقف لأنهم يأخذون النفقة من مال الوالد من غير فرض القاضي فصاروا مكفيي المؤنة من جميع الوجوه، وإن كان لهذا الغني إخوة وأخوات فقراء أو ولد له كبير فقير مكتسب لأنهم لا يملكون استيفاء النفقة من مال الغني إلا بفرض القاضي فلم يكونوا مكفيي المؤنة من جميع الوجوه وقيل في الولد الكبير إذا كان الأب يتحمل مؤنتهم ويوسع عليهم النفقة فلا حظ لهم في الوقف لأنهم مكفيو المؤنة من جهته ويعد غنيا بغنى أبيه، فأمّا إذا كان الأب لا يتحمل مؤنتهم فلا يعد غنيا بغنى أبيه فلهم حظ من الوقف.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أقرب الناس من قرابتي وله أخت لأب وأم وابنة بنت بنت فابنة بنت بنت أولى لأنها أقرب لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه فلا يعتبر الإرث لما بينا في كتاب النفقات.

(باب اشتراط الخيار أو البيع والاستبدال في الوقف)

مسائله تنقسم إلى عشرة أقسام: أربعة في اشتراط الخيار، وستة في اشتراط البيع.

أما التي في اشتراط الخيار:

الأول: إذا وقف بشرط الخيار لنفسه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الخيار معلومًا فالوقف والشرط جائزان.

وإن كان الوقف مجهولًا اختلفوا فيه على قوله؛ قيل: الوقف باطل، وقيل: الوقف جائز والشرط باطل، وقال هلال: الوقف باطل في الوجهين.

وقال يوسف بن خالد: الوقف جائز والشرط باطل، ولا رواية عن محمد رحمه الله، ويجوز أن يكون قوله مثل قول يوسف.

له: أن هذا تمليك بغير بدل فشابه الهبة والصدقة، والشروط الفاسدة لا تبطل الصدقة فكذا الوقف، وعند هلال شرط صحة الوقف أن يكون مؤبدا، فإذا شرط فيه الخيار يكون موقوتا فيكون خلاف المشروع فبطل.

لأبي يوسف: أن الوقف تصرف يحتمل النقض بعد وقوعه بدليل أنه لو أوقف في مرضه ثم مات وعليه دين ينقض وقفه، وكذلك لو اشترى دارا فوقفها كان للشفيع أن يبطل وقفه فصار شبيه البيع فيجوز اشتراط خيار فيه إن كان وقته معلوما ولا يجوز إن كان مجهولا. ويتصل هذا التوقيت في الوقف وهو على وجهين: إما أن وقف للحال ويبين للوقف وقتًا إذا أضاف الوقت إلى ما بعد الموت ويبين له وقتًا.

فالأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان سنة، فإذا مضت السنة فالوقف باطل. قال هلال: الوقف باطل. وقال يوسف: الوقف جائز والشرط باطل.

وقال أبو يوسف: كلاهما جائزان لما بينا.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة شهرًا ولم يرد على ذلك فالوقف جائز مؤبدًا على الفقراء؛ لأن حق الفقراء تعلق بها وذلك كافٍ لجواز الوقف، ولم يشترط البطلان بعد مضي الشهر فبقي جائزا، ألا ترى لو وقف على فلان ثم على الفقراء جاز الوقف وإن وقت الوقف على فلان؛ لأنه تعلق بها حق الفقراء فوقع مؤبدا.

وأما إذا أضاف الوقف إلى ما بعد الموت، بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد موتي سنة ولم يردّ عليه جاز الوقف مؤبدا على الفقراء؛ لأن فيه معنى الوصية.

ولو قال على فلان بعد موتي سنةً، فإذا مضت السنة فهو باطل فهو كما قال لأنّ هذه وصية بالغلة فصار كأنه أوصى بغلتها للفقراء سَنةً جاز فكذا هذا.

وأما القسم الثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي إبطالها فالوقف باطل عند هلال، وعند يوسف جائز؛ لأن هذا بمنزلة اشتراط الخيار ولقائل أن يقول إنه غير جائز عنده.

والثالث: إن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن أصلها لي ولا يزول من ملكي فالوقف باطل بالإجماع؛ لأنه أخرج الكلام مخرج المناقضة والفساد؛ لأن الوقف زائل عن ملكه وقوله أصلها لي يقتضي أن لا يزول أصلها عن ملكه فآخر الكلام يناقض أوله فبطل.

والرابع: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة إن شئت أو هويت أو رضيت فالوقف باطل؛ لأن هذا تعليق الوقف بالخطر والقياس ينفي جواز تعليق الإنسان للخطر؛ لأنه للتحقيق والإثبات إلّا فيما قامت الدلالة.

وأمّا الستة التي في البيع:

الأول: لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على أن أبيعها وأتصدق بثمنها فالوقف باطل إما للمناقضة أو لأنه لم يجعل الوقف مؤبدًا.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها أخرى فتكون موقوفة مكان الأولى فالوقف والشرط فيه جائزان عند أبي يوسف وهلال.

وعند يوسف الوقف جائز والشرط باطل لما بينّا وقيل كلاهما باطلان؛ لأن شرط الاستبدال يمنع التأبيد والوقف لا يصح إلّا مؤبّدا.

لأبي يوسف أن اشتراط الاستبدال شرط يقتضيه العقد؛ لأنه ربّما تقع الضرورة إلى استبدال الوقف؛ لأن الأراضي ربّما لا تخرج منها الغلّة ما يفضل عن المؤن فيؤدي إلى أن لا يصل نفعها إلى الموقوف عليهم لفساد يحدث في الأرض وتكون الأرض الأخرى أصلح وأنفع للموقوف عليهم فلهذه الضرورة جوّزنا اشتراط الاستبدال في الوقف واستبدال الوقف جائز في الجملة، ألا ترى لو أتلف إنسان

الوقف بأن هدم العقار أو أجرى الماء على الأرض حتى صارت بحال لا تصلح للزراعة يغرم قيمتها وتشترى بقيمتها أرض أخرى وتوقف مكان الأول على تلك الشروط، وكذلك لو شهد شاهدان بالوقف لرجل أنه له وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا قيمته.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة أبدًا على أن لي أن أستبدلها بأخرى يكون الوقف جائزًا استحسانا إذا كان الشراء بثمن الأولى؛ لأن رقبة الأرض صارت للفقراء فثمن الأرض الأولى ثمن أرض كانت للفقراء رقبتها فلما اشترى بذلك الثمن صار مستبدلا للفقراء فتصير الثانية موقوفة على ما كانت الأولى بنفس الشراء.

ولو أراد أن يبيع الأرض الثانية ليس له ذلك؛ لأنه شرط الاستبدال في الأرض كالوكيل بالبيع إذا باع وضاع الثمن من يده، فإن باع الأولى واشترى الثانية ثم استحقت الأولى فالقياس أن لا ينتقض وقف الأرض الثانية؛ لأن وقف أرض الأولى كان منعقدًا بدليل أنه لو أجاز المستحق جاز من غير استئناف فصَار وقف الثانية أيضًا منعقدًا، وفي الاستحسان لا تكون الثانية وقفًا لأنها إنما دخلت في الوقف لتقوم مقام الأولى وبالاستحقاق تبين أن الأولى لم تكن وقفًا فلا تقوم الثانية مقامها في الوقفية.

والرابع: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أستبدل بها أخرى وتكون موقوفة مكان الأولى ثم مات قبل أن يستبدلها وأوصى إلى غيره بأن يستبدلها، فإنه لا يكون لوصيّه حق الاستبدال؛ لأنه شرط الاستبدال برأي نفسه خاصة وهو مما يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ورأيه قد انعدم بالموت فلا يكون لغيره التصرف في حال عدم رأيه بخلاف ما لو وكّل حال حياته بالاستبدال حيث يجوز؛ لأنَّ رأيه قائم فيكون التصرف برأيه، وإن لم يكن بمباشرته وصار كمن له الخيار في البيع إذا وكل وكيلًا بالفسخ أو الإجازة جاز، ولو أوصى بذلك بعد الوفاة لم يجز فكذا هذا.

والخامس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لكل من ولي هذا الوقف

أن يستبدلها بأخرى وتكون موقوفة مكانها جاز الشرط؛ لأنه جائز هذا الشرط للواقف فيدخل كل من وليه في صريح الشرط فحل محل الواقف.

والسادس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أستبدلها بأخرى مع فلان وتكون موقوفة مكان الأولى فالشرط جائز، فإن تفرد الأجنبي بالاستبدال لم يجز؛ لأنه شرط الاستبدال برأي نفسه، وإن تفرد الواقف جاز؛ لأن له ولاية إخراج الأجنبي عن ذلك ومنعه عن الاستبدال.

(باب اشتراط الولاية في الوقف لنفسه ونصب القيم)

مسائله على أربعة أقسام:

الأول: لو اشترط الولاية لنفسه أو لغيره في الوقف جاز والولاية له؛ لأن شرط الواقف جائز معتبر في وقفه؛ لأنه تصرف في ملكه، فإن لم يكن الواقف أمينًا ثقة فللقاضي أن ينزعه من يده ويوليه من يثق به؛ لأنه شرط في حق الفقراء شرطًا يتضررون به فلا يجوز شرطه عليهم فيما يتضررون به.

والثاني: لو شرط الولاية لولده على أن يليها الأفضل فالأفضل من ولده تكون الولاية إلى أفضل أولاده، فإن صار أفضلهم فاسقا فالولاية لمن يليه في الفضل، فإن ترك الأفضل الفسق وصار عدلا وأفضل من هذا الثاني فالولاية تنتقل إليه في ظاهر الرواية.

وذكر أبو بكر الإسكاف: أن الفاسق إذا عزل ثم صار عدلًا فالولاية لا تنتقل كمن أوصى بولاية الوقف إلى عبد أو ذمي فأخرجهما الحاكم ثم عتق العبد أو أسلم الذمي فإنّه لا تعود الولاية إليه فكذا هذا. وجه ظاهر الرواية: أنّه شرط في الأولاد الأفضل مرّة بعد مرّة وظاهر هذا اللفظ يقتضي أن تعود الولاية إلى من صار أفضل منه بخلاف مسألة الوصية؛ لأن ثمة فوض الولاية إليهما تفويضا واحدًا ولم يشترط مرّةً بعد مرة وقد نفذ حجر القاضي عليهما في تلك المدّة فلا تعود الولاية إليهما لعدم التفويض من الموصي مرّةً أخرى.

والثالث: لو شرط الولاية لأجنبي هو على أوجه: الأول: إن شرط أن يليه فلان

وليس لي إخراجه فالتولية جائزة وشرط الإخراج باطل؛ لأن الولاية في حال حياة الواقف معتبرة بالوكالة لأنها مستفادة من جهته، ولو وكل بشرط أن لا يعزله كانت الوكالة جائزة والشرط باطل فكذا هذا.

وذكر محمد رحمه الله في (السير الكبير): إذا جعل الواقف ولاية الوقف إلى غيره ليس له عزله إلا أن يشترط أن له عزله. وفي نوادره على أنه إذا وقف أرضًا له ودفعها إلى رجل فله أن يخرجه من الوكالة ما لم يقضِ به القاضي، فإذا قضى به القاضي ليس للواقف أن يخرجه من الوكالة بمنزلة من رهن ووكل رجلًا ببيعه عند حل المال لا يكون للراهن أن يخرجه من الوكالة.

والثاني: إن شرط أن يليه فلان وليس له أن يوصي به إلى غيره فالشرط جائز؛ لأنه أراد أن يكون التدبير في هذا الوقف بعد موته إلى القاضي وله في ذلك منفعة وهو أن يصير وقفه معروفًا عند القاضي حتى يقع الأمر أن يجعل ملكا.

والثالث: إن شرط أن يليه بعد موتي ثم فلان بعده يليه وهذا الشرط جائز؛ لأن هذا كله وصية فصار كما لو أوصى فلانا، فإن مات ففلان جاز.

والرابع: إن شرط أن يليه فلان حتى يقدم فلان فالشرط جائز، فإن قدم فلان فكلاهما واليان عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يقدم، فإذا قدم فلان فالولاية إليه فحينئذ لا يكون للحاضر ولاية إذا قدم الغائب.

وقال أبو يوسف وهلال: الولاية تنتقل إلى القادم وزالت ولاية الحاضر وهذا الخلاف راجع إلى حرف وهو أن هذا تخصيص الوقت في باب الوصية والتخصيص بالمال في باب الوصية لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا له فكذا التخصيص بالوقت في الوصيّة.

والخامس: إن شرط أن يليه فلان في حياتي وبعد وفاتي ثم لم يرجع عن ذلك حتى مات فلهذا الرجل أن يتولى ذلك؛ لأن ولاية الوكالة، وإن انتهت بموت الموكل إلا أنه لما شرط له الولاية بعد الموت فحينئذ يكون ذلك وصيّةً إليه فتبقى الولاية بحكم الوصاية إن انتهت بحكم الوكالة.

فأمّا القسم الرابع من أصل المسألة: أنه إذا لم يشترط الولاية لأحد تكون

الولاية إلى الواقف عند أبي يوسف وهلال وهكذا ذكر في الأصل أنه ما دام الواقف حيًا فنصيب القيم إليه لا إلى القاضي، وإن مات الواقف بطلت ولاية القيم.

وذكر محمد في (السير الكبير): لا ولاية لهُ والولاية للقيم إلا أن يشترط الولاية لنفسه؛ لأن الواقف أخرج الأرض عن ملكه وصارت مستحقة للفقراء فينقطع رأيه وتدبيره عنها فصار كمن باع عبدًا ولم يشترط الخيار.

لأبي يوسف: أن الوقف وإن صار مستحقًّا لغيره لكن لا بد من إنسان يقوم عليه والواقف أقرب الناس إليه؛ لأنه هو الذي أخرجه عن ملكه تبرعًا وهو أشفق على وقفه وأحرص على حفظه فكان أحق بالرأي والتدبير فيه وكذا يملك عزل القيم في حياته عند أبي يوسف خلافًا لمحمد؛ لأن عنده لا يصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم، فإذا اختار الواقف قيمًا وسلم إليه انقطعت ولايته فلا يملك عزله، وعند أبي يوسف يصح بدون التسليم، فإذا سلم إلى القيم كان القيم كالوكيل عنه فيملك عزله، وينعزل بموته وللمتولي أن يفوض التولية إلى غيره عند الموت كالوصية؛ لأنه بمنزلة الوصي وللوصي أن يوصي.

ولو قال الواقف عند الموت لرجل: أنت وصيي ولم يزد على ذلك تدخل ولاية الوقف في الوصيّة ولوصيّه أن يوصي غيره في الوقف، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة أنه لا ولاية لوصيه أن يوصي إلى غيره لما بينا.

وإن مات الواقف ثم القيم ولم يوص إلى أحد فالأمر فيه إلى القاضي؛ لأن القاضي قائم مقام من مات ولم يوص إلى أحد في نصيب القيم في أملاكه حقيقة فلأن يقوم مقامه في أوقافه أولى ولا يفوض إلى أجنبي متى ما وجد من أولاد الواقف وأهل بيته؛ لأن قريب الواقف أشفق بالميت على وقفه وأحرص على حفظه من غيره، وإن لم يجد من يصلح منهم يفوض إلى أجنبي، فإن فوض إلى أجنبي ثم صدر منهم من صلح لذلك فوّضه إليه كما في حقيقة أملاكه الأولى أن ينصب من أقاربه إن وجد، وإن لم يجد ينصب من الأجانب فكذا هذا، فإن جعل الواقف الرأي في توزيع الغلّة إلى القيم جاز لأنّ شرط الواقف معتبر في المصارف، ومقدار ما يصرف فيملك تفويضه إلى القيم أرباب الوقف المعدودين إذا نصبوا متوليًا بدون

استطلاع رأي القاضي يصح إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل المسجد على نصب متولٍّ جاز ولكن مشايخنا المتقدمون قالوا: الأولى أن يرفعوا ذلك إلى القاضي.

وقال مشايخنا المتأخرون: الأولى أن لا يرفعوا؛ لأنه ظهر في القضاة الأطماع الفاسدة وأخذ الأموال رشوة.

وقال بعض مشايخنا: أهل المسجد لو نصبُوا متوليًا بغير استطلاع رأي القاضي لا يصح؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية وهو الأصح فعلى هذا ينبغي أن لا تصح تولية أرباب الوقف، ولكن الأصح أنه تصح كيلا يطمع القاضي فيه ولا كذلك تولية المسجد والله أعلم.

(باب الرجل يقف أرضه على أن يعطي غلتها من يشاء)

إذا وقف أرضه على أن له أن يعطي غلتها من يشاء جاز الوقف وله المشيئة في صرف الغلة إلى من شاء وإذا مات انقطعت مشيئته ثم إذا شاء أن يصرف غلتها إلى إنسان فهو على أوجه:

الأول: لو شاء أن يصرفها إلى نفسه فليس له ذلك في قول من لا يجيز الوقف على نفسه؛ لأنه لا يجوز أن يكون هو معطٍ ومعطٍ عليه في شيء واحد في حالة واحدة كما لو أوصى إلى فلان أن يعطي ثلث ماله من شاء ليس له أن يعطي نفسه، وأصله أن كل مال أمر الإنسان بإعطائه فليس له أن يعطي نفسه كالزكاة ونحوها وكل مال لم يؤمر بإعطائه فله أن يصرفه إلى نفسه كرجل أوصى أن يضع ثلث ماله في الفقراء فله أن يعطي نفسه.

والثاني: إن شاء أن يصرفها إلى رجل غني بعينه جازت المشيئة؛ لأنه لما شاء للغني صار الغني كالمذكور في المشيئة لا في الوقف ليصير وقفًا على الغني فلا يجوز، ولو ذكر الغني في المشيئة جاز فكذا إذا صار كالمذكور فيها.

والثالث: لو شاء أن يصرف إلى فقير بعينه جازت المشيئة والغلة له ما دام حيا وليس له أن يحولها عنده إلى غيره؛ لأنه كما صرف إلى الأول صار الأول مستحقا للوقف

من الأصل فلا يملك إبطال حقه بالصرف إلى غيره، فإذا مات فله أن يعطي غيره ممن شاء.

والرابع: إن شاء صرفها إلى الأغنياء دون الفقراء فالمشيئة باطلة؛ لأن الأغنياء لا ينقطعون ولا ينقرضون جميعا فتخرج من أن يكون قربة لله تعالى فصار هذا بمنزلة الرجوع وليس له أن يرجع.

والخامس: إن شاء صرفها إلى الفقراء دون الأغنياء جازت المشيئة؛ لأنه يكون قربة بكل حال.

والسادس: وإن شاء صرفها إلى الأغنياء والفقراء جميعًا يبطل الوقف قياسًا؛ لأن المذكور عند المشيئة كالمذكور عند عقد الوقف.

ولو وقف أرضه لله تعالى على أن أعطي غلتها أهل الدنيا غنيهم وفقيرهم لم يجز؛ لأن هذا وقف على الغني والفقير، والوقف على الأغنياء كلهم لا يجوز فاجتمع ما يمنع الجواز وما يوجب الجواز فيمتنع الجواز ولا يجوز بالشك ولا يبطل الوقف استحسانا وتبطل مشيئته وصارت الغلة للفقراء؛ لأن العقد وقع صحيحًا والفساد دخل في تفسير المشيئة، ففساد تفسير المشيئة لا يوجب إبطال عقد وقع صحيحًا بخلاف ما إذا وصل التفسير بالعقد نصًا؛ لأن هناك أوّل كلامه يقف على آخره وعند وجود آخره ظهر أن كلامه خرج مخرج الفساد ولم يقع العقد صحيحًا.

(فصل)

مسائله على أربعة أقسام:

الأول: لو وقف أرضه على بني فلان على أن لي أن أعطي غلتها من شئت فشاء صرفها إلى واحد من بني فلان بعينه جازت مشيئته؛ لأن هذه مشيئة تخصيص وله ولاية التخصيص في العقد إفصاحا، فإنه لو قال: ثلث الغلة لفلان ومن بعده لفلان حتى ذكر جميعهم جاز، فكذا ذكر التخصيص في المشيئة بعد اشتراط المشيئة لنفسه وصحته كالإفصاح به في عقد الوقف، ولو شاء صرفها إلى غير بني فلان بطلت

المشيئة؛ لأن العقد ولفظة المشيئة لم تتناول غير بني فلان فهو بهذه المشيئة يريد إبطال حق بني فلان في الوقف فلا يملك وتبقى له مشيئة التخصيص في بني فلان استحسانا؛ لأن مشيئة غيرهم لم تدخل لفظة الاستثناء فلم يكن مستعملا للمشيئة التي شرطها لنفسه فصار كأنه لم يشأ شيئًا وإذا بطلت مشيئته لغيرهم لم يصر مانعا الغلة منهم؛ لأن المنع عنهم إنّما كان حكما لمشيئته لغيرهم، فإذا بطلت المشيئة بطل حكمها.

والثاني: لو قال: على أن لي أن أعطي غلتها من شئت منهم فلو شاء واحد منهم جازت المشيئة لما بيّنا، ولو شاء كلهم تبطل مشيئته ويكون الوقف للفقراء عند أبي حنيفة قياسًا وعندهما جازت المشيئة وتكون الغلة لبني فلان بالسويّة استحسانًا بناء على أن كلمة من في قوله منهم للتبعيض عنده وعندهما للتمييز لما عرف فيمن قال لآخر من شئت عتقه من عبيدي فأعتقه فله أن يعتق الكل إلّا واحدًا عنده. وعندهما: له أن يعتق الكل فكذا هذا قوله منهم يتناول البعض منهم دون الكل فمتى شاء الكل فبعضه يجوز وبعضه لا يجوز والذي يجوز مجهول جهالة غير مستدركة فبطلت المشيئة وعندهما للتمييز لهم فجازت مشيئة الواقف بعضهم ثم مات الواقف ومات ذلك البعض منهم فنصيبهم يصرف إلى الفقراء؛ لأن مشيئة الواقف سقطت بموته فلا يمكن يصرف ذلك إلى الباقين من أولاد فلان؛ لأن الواقف لم يشأ إلا مقدار ما خصّهم، ولو شاء غير بني فلان فالمشيئة باطلة لما بيّنًا.

والثالث: لو قال: على أن أفضل بغلتها من شئت فله مشيئة التفضيل دون مشيئة التخصيص حتى لو شاء واحدا منهم بعينه لا يجوز مشيئة، ولو جعل نصف الغلة لواحد بعينه والنصف الآخر للباقين جاز ويكون النصف لهذا الواحد والنصف الآخر بينه وبين الباقين بالسوية؛ لأنه خصّه بفضل النصف والتفضيل بالنصف يقتضي اشتراكه في النصف الباقي إذ لو لم يكن له تشريك في الباقي لم يكن له النصف من الفضل على قدر المستحق له.

والرابع: لو قال: على أن أخص بغلتها من شئت فخص واحدًا بالنصف جاز ولا شراكة له في الباقي؛ لأن لفظة الخصوص لا تقتضي شركته مع الباقين في الباقي بل

تقتضي انفراده بالاستحقاق في القبض، ولو شاء جمعهم جازت المشيئة لأنَّ كلمة مَنْ كلمة عامّة فتناولت عامتهم فجاز له صرف الغلة إلى عامتهم.

(فصل)

لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني فلان على أنّ لي أن أخرج من شئت منهم فما لم يخرج فالغلة لهم، وإذا أخرج إنسانا ينظر إن أخرج واحدًا منهم بعينه صح إخراجه؛ لأنه أتى بما شرط لنفسه في عقد الوقف ثم إن كان في الوقف غلة وقت الإخراج. ذكر هلال أنه يخرج منها خاصة وعلى قياس ما ذكر في وصايا (الأصل) و(الجامع الصغير) أنه يخرج عن الغلة أبدا، فإنه لو أوصى بغلة بستانه وفي البستان غلة يوم بموت الموصي فله الغلة الموجودة وما يحدث في المستقبل أبدا؛ لأن اسم الغلة بيِّن ولهما لأنها اسم لما نذر وقتًا بعد وقت ومنه غلة الدار والحانوت وعلى رواية هلال الغلة الموجودة دون ما سيحدث وهو المحكي عن بعض أصحابنا، وإن أخرج واحدًا منهما بأن قال أخرجت فلانا وفلانا جازت مشيئته ويرجع في البيان إليه لأنه يعرف أحدهما وهو المبهم فيكون البيان إليه، فإن لم يبين حتى جاءت الغلة تقسم على رؤوس الباقين ويضرب لهذين بسهم ثم إنهما إذا اصطلحا أخذا ذلك السهم بينهما نصفان، وإن أبيا أو أبى أحدهما يوقف ذلك حتى يصطلحا فإن أخرجهم جميعًا ينظر إن أخرجهم من غلة هذه السنة، صح إخراجه وتكون غلة هذه السنة للفقراء وبعد مضي السنة الغلة لهم وله المشيئة في الإخراج بعد ذلك؛ لأنه يصير كأنّه وقف أرضه على بني فلان على أن غلتها للفقراء في هذه السنة وما يحدث بعدها فلبني فلان على أن لي أن أخرج منهم من شئت، وإن أخرجهم مطلقًا بأن قال أخرجتهم من غلة هذا الوقف لا يصحّ قياسًا لأن شرط الإخراج رجع إلى بعض منهم دون الكل، فإذا أخرج الكل لم يعمل بما شرط فلم يصح والبعض من الكل مجهول فبطل أصلًا ويصح استحسانًا؛ لأنه يراد بهذا الشرط الإيثار في المستأنف وما يبدو له في المستقبل فيملك إخراجهم للحال وإذا أخرجهم بقي الوقف للفقراء.

(باب الرجل يقف أرضه ويشترط العمارة من الغلة في الوقف أو لم يشترط)

لو شرط العمارة في الوقف، فإنه يقدم العمارة على حق صاحب الغلة؛ لأن الواقف قصد لوقفه التأبيد ولا يتأبّد إلّا بالعمارة إلا إذا جعل غلته لفلان سنة أو سنتين ثم بعده للفقراء وشرط العمارة من الغلة، فإنه يؤخر العمارة عن حق صاحب الغلة؛ لأن حقه في الغلة في مدّة مخصوصة فينتهي بمضيّها.

ولو صرفنا إليه أولا لا يؤدي إلى فوات عمارة الوقف؛ لأنه يمكن عمارته في السّنة الثانية إلا إذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف فحينئذ يقدم العمارة لئلا يؤدي إلى إبطال مقصود الواقف.

ولو وقف داره وجعل سكناها لفلان ما دام حيًّا ثم للفقراء وشرط العمارة على صاحب السكنى فأبى صاحب السكنى أن يعمرها، فإنه يؤاجر الدار برضاه، أو من غيره ويصرف الغلّة إلى العمارة استحسانا؛ لأنه ما لم يعمر الدار لا يمكن لصاحب السكنى السكنى فكان في الإجارة صيانة حقه في المستقبل فصار السكنى مؤجرا عن العمارة وإن أجر القيم وأنفق الأجرة في العمارة فتلك العمارة المجدية تكون لصاحب السكنى؛ لأن الأجرة بدل المنفعة تكون له والقيم إنما أجر لأجله، فإن أنفق الساكن من خالص ماله في العمارة ثم مات، فإن كانت العمارة شيئًا قائما بعينه فهو لورثته، وإن لم تكن فلا شيء لورثته هذا كله إذا شرط الواقف العمارة في الوقف، وإن لم يشترط العمارة فيه يبدأ بالعمارة استحسانا لأنّ الواقف قصد بالوقف أن يتأبد ولن يتأبد إلا بالعمارة فصار الواقف شارطا للعمارة دلالة وللقيم أن يعمر البناء الأصلي ويرمّه؛ لأن الغلة والمنفعة تصل إلى الموقوف عليهم فيجب أن تكون العمارة عليهم ليكون الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصي برقبته لرجل وبخدمته الآخر فنفقته على الموصى له بالخدمة؛ لأن المنفعة تصل إليه فكذا هذا.

وإن أراد القيم أن يزيد على العمارة ينظر إن كان الوقف على الفقراء فله ذلك؛ لأن الوقف لهم والغلة مالهم فجاز أن ينفق على وقفهم من مالهم لتكبير منافعهم

ومرافقهم، وإن كان الوقف على أقوام، بأعيانهم ثم على الفقراء فليس له ذلك؛ لأن الواقف للفقراء في الحاصل؛ لأن بهم صح الوقف وتعلق حقّهم له للحال فلا ينبغي أن ينفق في الحال أكثر مما تحتاج إليه العمارة.

ولو أراد أن يبني في الوقف بيوتًا أو حانوتا للغلة ينظر إن كانت الأرض في مدينة أو أرض مدينة له ذلك؛ لأنه يجد من يستكريه فكان ذلك مصلحة ومنفعة للموقوف عليهم، وإن كانت الأرض بعيدة من المدينة فليس له ذلك؛ لأنه لا يجد من يستكريه فلا يكون ذلك مصلحة للوقف ومنفعة للموقوف عليهم، وللقيم أن يشتري من غلة الوقف أغراسًا تغرس في أرض الوقف وأن يصلح قطعة من أرض الوقف إذا كانت مسيجة وأن يبني؛ لأن في ذلك إصلاح الوقف وفي تركه ذهاب منفعته وإصلاح الأرض المسيجة من العمارة فله أن يبدأ به، ألا ترى أنه يبدأ بحفر السواقي وإصلاح الدرقة، والبرذعة والمسناة؛ لأن ذلك من عمارة الوقف وما كان من عمارة الوقف وإصلاحه يبدأ به قبل أصحاب الوظائف.

(باب تصرّف المتولي في الوقف)

وإذا أراد المتولي أن يعقد عقدًا على الوقف فهو على قسمين: إمّا أن يعقد على المنفعة أو على العين، فإن عقد على المنفعة بأن أجره سنين معلومة بأجرة مثلها ينظر إن كان الواقف اشترط أن لا يؤاجر أكثر من سنة لا يجوز؛ لأن شرط الواقف مراعى، وإن لم يشترط ذلك قال المتقدمون من مشايخنا: إنه يجوز ذلك؛ لأن الواقف فوّض الأمر إلى المتولي فنزل المتولي منزلة الواقف وللواقف أن يؤاجره سنين كثيرة فكذا لمن يقوم مقامه.

وقال المتأخرون من مشايخنا: لا يجوز أكثر من سنة واحدة؛ لأنه لو جاز ذلك يخاف على الوقف أن يتخذ ملكا؛ لأنه بمضي مدّة مديدة تندرس سمة الوقفية ويتسم سمة الملكية خصوصًا في زماننا، فإن الظلمة المتغلبة مستحلة مستأكلة وكان الشيخ الإمام أبو حفص الكبير رحمه الله يجيز الإجارة في الضياع ثلاث سنين؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من ذلك ولا يجيز في غير

الضياع أكثر من سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الضياع في عدم جواز إجارة ثلاث سنين أو في غير الضِّياع المصلحة في جواز إجارته أكثر من سنة واحدة. وهذا أمر يختلف باختلاف الموضع والزمان وهو المختار للفتوى، وكذلك المزارعة والمعاملة والوجه في تصحيح الإجارة الطويلة في الوقف أن يعقدوا عقودًا مترادفة كل عقد على سنة بأن استأجر ثلاثين سنة بثلاثين عقدًا كل عقد على سنة من غير أن يكون بعضها شرطًا في البعض فيكون العقد الأول لازمًا؛ لأنه تأخر والثاني لا؛ لأنه مضاف إلى المستقبل متولي الوقف، وإذا أجر دارًا موقوفة ثم مات قبل مضي مدّة الإجارة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء أو بموت الوكيل لا ينفسخ عقد الإجارة، وكذلك القاضي إذا أجر الدار الموقوفة ثم عزل قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء، وكذا لو أجر الوصي دارًا موقوفة على قوم فمات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة لا تبطل الإجارة؛ لأن الإجارة لا تبطل بموت الموقوف عليه؛ لأنه ليس بمالك للرقبة إنما حقه في الغلة ثم ما وجبت له من الغلة إلى أن مات تصرف حصّته إلى ورثته وما وجب بعد موته فهو لمن بقي، ولا تجوز إجارة الوقف إلا بأجر المثل؛ لأن ما نقص منه يكون إضرارًا بالفقراء، ولو أجره ثلاث سنين بأجر المثل ثم ازداد أجره لكثرته للرغبات ليس للمتولي أن ينقض هذه الإجارة لنقصان أجر المثل؛ لأن أجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل قيم على عمارة وقف استأجر أجيرًا بدرهم، ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في عمارة الوقف ونقد الأجرة من مال الوقف يضمن جميع ما نقد؛ لأن الإجارة وقعت له لا للوقف.

ولو استأجر أرضًا موقوفة وبنى فيها حانوتا وسكنها فأراد غيره أن يزيد في الغلة ويخرجه من الحانوت ينظر إن كان أجره مشاهرة ينعقد في رأس كل شهر ثم ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف له رفعه؛ لأنه ملكه، وإن كان يضر به ليس له رفعه؛ لأنه، وإن كان ملكه فليس له أن يضرّ بالوقف، ثم إن رضي المستأجر بأن يتملك القيم للوصف بقيمته مبنيا أو منزوعا أيّهما ما كان أخف يتملك القيم، وإن لم يرض لا يتملك؛ لأن التملك بغير رضاه لا يجوز فتبقى إلى أن يخلص ملكه.

عرصة حانوت وقف وعمارته لآخر أبى صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله ينظر إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجره صاحب العمارة كلّف برفع العمارة ويؤاجر من غيره لأن النقصان من أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة وإن كان لا يستأجر بأكثر مما يستأجره لا يكلف وينزل في يده بذلك الأجر؛ لأن فيه ضرورة.

ولو أجر المتولي الوقف من الموقوف عليهم جازت الإجارة لأنهم لم يملكوا رقبة الوقف وإنّما حقهم في الغلة لمَا بيَّنَّا، فصاروا في حق رقبة الدار وغيرهم سواء وكذا فقير يسكن في وقف الفقراء بأجر فيترك ما وجب عليه بحساب ماله يجوز؛ لأن الرواية محفوظة عن علمائنا أن من له حق في مال بيت المال فترك عليه خراج أرضه لمكان حقه في بيت المال جاز كذا هذا، ولا تجوز إعارة الوقف والإسكان فيه؛ لأن الواقف جعل الغلة للفقراء وفيه إبطال حق الفقراء، وكذا لا يصح رهن الوقف؛ لأن فيه تعطيل منافع الوقف فلو سكن المرتهن يجب عليه أجر المثل لهذه الدار كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن صيانة للوقف وهذا المختار، وكذلك متولي مسجد باع منزلا موقوفا على المسجد فسكنه المشتري ثم عزل القاضي هذا المتولي وولى التالي وأبطل القاضي البيع وسلم المشتري إلى المتولي الثاني فعلى المشتري أجر مثل هذا المنزل لما قلنا.

ولو استدان القيم على الوقف للخراج والجنايات ينظر إن أمره الواقف بالاستدانة جاز، وإن لم يأمره ففيه روايتان، والأصح أنه إذا لم يكن بد من الإستدانة يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية.

وأمّا **القسم الثاني**: إن عهد المتولي على رقبة الوقف فهو على وجوه: الأول: لا يجوز بيع فيه الوقف ولا قطعة منه وليلزم ما بقي قيمتها؛ لأنه يؤدي إلى إبطال شرط الواقف فيه وهو التأبد وكذا متى احتاج إلى العمارة لو جاز بيع بعضه يؤدي ذلك إلى فناء الوقف كله وكذا لا يجوز بيع البناء القديم والعمارة القديمة؛ لأن ذلك متصل بالرقبة فصار حكمه حكم الرقبة وكذا باب الوقف، فإن هدم المشتري البناء فالقاضي بالخيار إن شاء ضمّن البائع قيمة البناء، وإن شاء ضمّن المشتري، فإن ضمن البائع نفذ بيعه؛ لأنه ملكه بالضمان فصار كأنه باع ملك نفسه، وإن ضمّن المشتري لا ينفذ البيع وتملّك المشتري البناء بالضمان ويكون الضمان للوقف لا

للموقوف عليه؛ لأن حظ الموقوف عليه في غلة الوقف لا غير فلا يكون له حظ في بدل رقبة الوقف.

وأمّا بيع أشجار الوقف ينظر إن كانت مثمرة فلا تنتقص ثمرة الكرم بظلها لا يجوز بيعها؛ لأنها بمنزلة البناء للوقف، وإن كانت تنتقص ثمرة الكرم بظلها ينظر إن كانت ثمرة الكرم تزيد على ثمرة الكرم ليس له أن يبيعها ويقطعها؛ لأن في تركها مصلحة للوقف ومصلحة للموقوف عليه، وإن كانت تنقص عن ثمرة الكرم فله أن يبيعها ويقطعها لأن فيه مصلحة للوقف ومنفعة للموقوف عليه وإن كانت أشجارًا غير مثمرة وتنتقص ثمرة الكرم بظلها فليس له أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت أشجار الدلب والحلاف ونحوه جاز له بيعها لأنها بمنزلة الغلة والمثمرة؛ لأن الحلاف والدلب إذا قطع نبت ثانيا وثالثا، وكذا لو باع ورق أشجار التوت جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة والثمرة.

ولو أراد المشتري قطع قوائم هذه الأشجار يمنع؛ لأن هذا ليس بمبيع لو امتنع المتولي من منع المشتري عن قطع القوائم كان ذلك خيانة من المتولي، وإن كانت أشجارا قد نبتت في أرض الوقف إن كان في تركها ضرر للوقف جاز للقيم بيعها ويكون ثمنها بمنزلة الثمرة؛ لأن ذلك يعدُّ من الغلة، وإن تركها لا يضر بالوقف وينتفع به لا يجوز له بيعها؛ لأن ذلك بمنزلة النخيلة القديمة الداخلة على عقد الوقف. شجرة جوز في دار وقف فخربت الدار ليس للمتولي بيعها ويعمر الدار بثمنها ولكن يكري الدار ويستعين بالأجور على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجر لا تبقى وإذا أجر الدار يبقى الكل. قيّم الوقف اشترى من غلة المسجد حانوتا أو دارًا يستغل للمسجد فباعه عند الحاجة جاز إذا كان له ولاية الشراء؛ لأن هذا مستغل الوقف ومستغل الوقف ليس بوقف إذا لم يوقف وهو المختار.

وإن لم يكن معه في الوقف شريك ولم يكن الوقف محتاجا إلى العمارة له أن يؤاجرها قال وهذا إذا لم يشترط الواقف البداية بالعشر والخراج والمؤن القاهرة أمّا إذا شرط لا يجوز أن يؤاجرها؛ لأنه لو جازت الإجارة تقع الإجارة لنفسه للوقف؛ لأنه ليس بمتولي الوقف فكانت الأجرة له فلا يمكن أن يبدأ بالخراج والمؤن فيؤدي ذلك إلى تغيير شرط الواقف.

وأمّا الزراعة فيخرج على نحو ما قاله الفقيه أبو جعفر في الإجارة.

وأمّا المهايأة رُوي عن أبي يوسف: إن كانت الأرض عشريّة فلهم ذلك، وإن كانت خراجية فليس لهم ذلك؛ لأنه يشترط البداية من الغلة بالخراج والنوائب القاهرة.

ولو جاز التهاني أدى ذلك إلى تغيير شرط الواقف؛ لأن سبيل التهاني أن يختص كل واحد منهما فيما يخصه بخلاف ما إذا كانت الأرض عشريّة لأنّ العشر يكون صدقة والموقوف عليه محل الصدقة فلو اختص كل واحد منهم فيما يخصّه لا يؤدي إلى تغيير شرط الواقف.

فأمّا القسمة ينظر إن شرط الواقف أن سكناها لهم جاز لكل واحد منهم أن يسكن ناحية ويكون ذلك مهايأة لا قسمة لأنهم لا يملكون الرقبة فصار كأهل مسجد قسمُوا المسجد بينهم كانت قسمتهم باطلة، وإن شرط الواقف أن غلتها لهم فهو على الخلاف الذي مرّ في الموقوف عليه الغلّة إذا أراد أن يسكن الدار الموقوفة.

(فصل)

أهل المسجد باعوا غلة المسجد أو بعض المسجد إذا استغنى المسجد عن ذلك بأمر القاضي يجوز؛ لأن للقاضي هذه الولاية وبغير أمره لا يجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية ونظيره مسجد عتيق حرب لا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدًا جديدا وباعُوا المسجد العتيق واستعانوا بثمنه في بناء المسجد الجديد جاز في قول من يرى جواز هذا البيع.

ولو كان مكان المسجد وقفًا لم يجز بيعه إلا بأمر القاضي، وكذا لو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيئًا منها في المسجد جاز بأمر القاضي وبدونه لا؛ لأن الولاية للقاضي.

وقال محمد: إذا كان الطريق واسعا فبنى فيه أهل المحلة مسجدًا ولا يضر

بالطريق ولا يمنعهم أحد من المسلمين لا بأس به؛ لأن الطريق للمسلمين والمسجد للمسلمين.

وذكر أبو الليث في نوازله: ولأهل المسجد أن يهدموا المسجد ويجددوا بناؤه ويعلقوا القناديل من مال أنفسهم وليس لهم أن يفعلوا ذلك من مال المسجد إلا بأمر القاضي؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في الوقف إلا بأمر القاضي.

وذكر ابن سماعة عن محمد: في رجل بنى مسجدا ثم مات فأرد أهل المحلة والمسجد أن ينقضوه ويزيدوا فيه فلهم ذلك وليس لورثة الباني منعهم، وإن كان اختيارهم أن يزيدوا من الطريق ثم أذن لهم.

وفي النوازل: مسجد مبني أراد رجل أن ينقضه ويبنيه ثانيًا أحكم من البناء الأول ليس له ذلك؛ لأنه لا ولاية له عليه.

رجل بنى مسجدًا فنازعه بعض أهله في عمارته أو في نصيب المؤذن والإمام، ففي العمارة الباني أولى، وفي نصيب المؤذن والإمام تكلّموا فيه، والأصح أن الباني أولى لما مرّ في الصلاة إلا إذا أراد القوم من هو أصلح منه فهم أولى؛ لأن منفعة ذلك وضرره يرجع إليهم.

مسجد أراد أهل المحلة أن يجعلوا الرحبة مسجدًا أو المسجد رحبةً أو يحدثوا له بابًا أو يحوّلوه عن موضعه فلهم ذلك، وإن تنازعوا فيه فإنهم أكثر وأفضل فلهم ذلك؛ لأنه لا يعارض لانعدام التساوي.

سُلط إن أذن لأقوام أن يجعلوا أرضا من أرض البلدة حوانيت موقوفة على مسجد فأمرهم أن يزيدوا في مسجدهم، ينظر إن كانت البلدة فتحت عنوة يجوز أمره إذا كان لا يضر بالمارة؛ لأن البلدة إذا فتحت صارت ملكًا للغزاة فجاز أمر السلطان فيها، وإن فتحت صلحًا بقيت البلدة على ملكهم فلم يجز أمر السلطان فيها، وعلامة الفتح عنوة وضع الخراج على أراضيهم، وعلامة الفتح صلحًا وضع العشر على أراضيهم.

مقبرة كانت للمشركين أرادوا أن يجعلوها مقبرة للمسلمين ولا بأس بذلك إن اندرست آثارهم وإن بقي شيء من عظامهم ينبش وينقل ويجعل مقبرة؛ لأن موضع

مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت مقبرة للمشركين فنبش واتخذ مسجدًا[1].

(باب الوقف في المرض)

المريض إذا أوقف لا تخلو من أربعة أوجه:

الأول: لو وقف أرضه على الفقراء إن خرج من الثلث جاز الوقف في جميعها، وإن لم يخرج إن جازت الورثة جاز، وللكل، وإن لم يجبروا جاز في مقدار الثلث؛ لأنه بمنزلة الوصية منه فيعتبر نفاذها من الثلث، فإن أبطل القاضي الوقف في الثلثين ثم ظهر له مال يخرج الكل من الثلث، فإن كان قائمًا في يد الورثة تصير كلها وقفا، وإن لم يكن بأن باع الوارث لا ينقض بيعه لكن يؤخذ منه قدر ما باع وتشترى بها أرض أخرى فتوقف مكانها؛ لأنه ظهر حق الغير بعد صحّة التصرف ونفاذه من حيث الظاهر؛ لأنه ملك للوارث ظاهرا فيظهر أثر الحق في حق التضمين لا في حق نقض التصرف كالوارث إذا باع عبدًا من التركة ثم ظهر على الميت دين وجب بعد الموت، فإن كان باع عبدًا في حياته فرد بعيب بعد وفاته، فإنه يغرم الوارث الثمن للغريم ولا ينقض بيعه في العبد فكذا هذا.

وكذلك لو باع القاضي الأرض في الدين ثم ظهر للميت مال فيه وفاء بالدين يخرج الأرض من ثلثه لا ينقض البيع لكن ترفع من مال الميت مقدار ثمن الأرض ويشترى به أرض أخرى ويوقفه على الفقراء؛ لأن فعله خرج مخرج القضاء لا مخرج الاستهلاك فلا ترفع القيمة بل يرفع الثمن.

والثاني: لو وقف على وارث بعينه ولم يخرج من الثلث إن لم يجز الورثة جاز في مقدار الثلث ويصير ذلك القدر وقفا.

وذكر هلال والخصاف: يقسم جميع غلة الأرض بين الورثة كلهم على فرائض الله تعالى حتى لو كان له ثلاثة بنين تقسم بينهم أثلاثا ولا يعطى للفقراء شيء منها ما دام الموقوف عليه حيا، فإذا مات صرف حصّة الوقف من الغلة إلى الفقراء، فإن

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٢/٤٦٩.

كان الوقف يخرج من الثلث يكون ذلك كله للفقراء وإلا فبقدر ما خرج من الثلث يكون لهم؛ لأن هذا وقف على الفقراء بعد موت الوارث لا قبله فما دام الوارث حيًّا لا يكون وقفًا على الفقراء فلا يكون لهم حق في تلك الغلة فالوصية للوارث قد بطلت فيقسم الكل بينهم بالتسوية.

وقال بعضهم: يعطي حصة الوقف من الغلة للفقراء للحال ولا يكون للورثة منها شيء؛ لأن الوقف حصل على الفقراء للحال إلا أن هذا الوقف فيه وصية بالغلة للوارث، فإذا لم يجز الباقون بطلت الوصية للوارث فبقي هذا وقفا على الفقراء، فأما إذا أجازت الوصية قيل تكون حصة الوقف للفقراء للحال؛ لأن من وقف أرضًا تكون وقفا على الفقراء عادة إذ الوقف لا يكون قربة بدونهم إلا أنه لما قال: على فلان فقد استثنى منه وخصّه بالبداية منه ولم يصح الاستثناء والتخصيص له؛ لأنه وصية ولا وصية للوارث فصار كأنه وقف على الفقراء لا غير فلا يفيد إجازة الورثة لأنهم لا يملكون إبطال حقهم فلم يصح، وقيل مقدار الثلث للفقراء وما وراء الثلث للموقوف عليه ما دام حيا وإذا مات رجع إلى الورثة؛ لأن مقدار الثلث جاز وقفه على الفقراء من غير إجازتهم فلا يملكون إبطال ذلك بإجازتهم للوارث، ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بثلث ماله وأوصى أيضًا لوارثه فأجاز الورثة لم تصح إجازتهم للوارث في حق الموصى له بالثلث كذا هذا، فأمّا فيما زاد على الثلث فهو ملكهم فيجوز بإجازتهم.

والثالث: لو وقف على المحتاجين من أولاده ونسله ثم على الفقراء ينظر إن كان الأولاد والنسل كلهم أغنياء فالغلة للفقراء إلا أن يفتقر واحد منهم بعد ذلك فتصرف حينئذ على الاعتبار الذي ذكرنا، وإن كان كلهم فقراء أو كان في كل فريق بعضهم فقراء، فإنه يقسم الغلة بينهم وبين فقراء الفريقين بالسويّة فما أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بين الأغنياء والفقراء على فرائض الله تعالى وما أصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الأغنياء منهم، وإن كان أولاد الصلب كلّهم أغنياء ونسله فقراء فالغلة كلها للنسل عنهم بالسويّة، وإن كان ذلك على العكس أو بعض أولاد الصلب فقراء فالغلة كلّها لأولاد الصلب يقسم بينهم على فرائض الله

تعالى؛ لأن ما أصاب النسل أصابوا على سبيل الوصية لأنهم لا يكونوا ورثة فيكون بينهم بالسوية وما أصاب الأولاد أصابوا بطريق الوراثة إذ لا وصية للوارث فيكون بينهم على قدر مواريثهم.

والرابع: لو أوصى بأن يوقف بعد موته على فقراء المسلمين، فإن خرجت من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة، فإنه يوقف كلها كما أمر، وإن لم يجز الورثة فمقدار الثلث يوقف اعتبارا للبعض بالكل، فإن خرج كلها من ثلث ماله وفيها نخيل فأثمرت بعد الموت قبل وقف الأرض دخلت الثمرة في الوقف؛ لأنها خرجت من أصل مشغول بحق الواقف عليهم؛ لأن حقهم يتعلق بالأرض بعد الموت، وإن أثمرت قبل الموت فتلك الثمرة تكون ميراثا؛ لأنه لم يتعلق حق الموقوف عليهم بها قبل موته وصار هذا كمن أوصى بأن يتصدق جارية على المساكين إذا أوصى أن توهب لفلان ومات الموصى ثم إنها ولدت ولدا قبل أن يتصدق بها أو يوهب فولدها يتبعها في الوصية؛ لأن الوصية معنى يرجع إلى رقبة الجارية فكذا الوقف معنى يرجع إلى وقته بالأرض.

(باب ما يعود ملكا من الوقف والمسجد وما لا يعود)

(الزيادات): وإذا جعل المسلم داره مسجدًا وخرب واستغنى المسلمون عنه عاد إلى ملكه أو إلى ورثته عند محمد.

وعند أبي يوسف: لا يعود لمحمد أنه أزال ملكه متقربا إلى الله تعالى بجهة مخصوصة، فإذا انقطعت الجهة ووقع الاستغناء عنه يعود إلى ملكه كما لو كفن ميتا ثم وقع الاستغناء عنه، بأن افترسه سبع يعود إلى ملك المكفن ولمن اشترى حصيرا أو قنديلا لمسجد فوقع الاستغناء عنه عاد إلى ملك المشتري فكذا هذا.

لأبي يوسف: أنه أزال ملكه إلى الله تعالى وصحت الإزالة والزائل ساقط متلاشٍ فلا يحتمل العود كالدين متى سقط بالإبراء لا يتصور عوده ولم يقع الاستغناء عنه؛ لأنه لم يتعين لحاجة لهذا القوم بل لعامة المسلمين؛ لأن حق إقامة الصلاة في المسجد لعامة المسلمين فما بقي في الدنيا مصلى لا يقع الاستغناء عنه،

ألا ترى أن المسجد الحرام في زمن الفترة استغنى أهله ولم يعد إلى ورثة الباني لبقاء حاجة عامة المسلمين، فأمّا التكفير فليس بتمليك للمال وإن الميت ليس من أهل الملك لكن تبرع بالمنفعة فصار كمن أعار عينا من ماله حال حياته والحصير والقنديل فالصحيح على قول أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملكه بخراب المسجد لكن يحول إلى مسجد آخر كما نبين. مريض جعل داره مسجدا ومات ولم يخرج من الثلث ولم تجز الورثة صار كله ميراثا وبطل جعله مسجدا؛ لأن للورثة فيه حقًّا فلم يكن كله مقررا على حقوق العباد فقد جعل المسجد جزءًا شائعا فبطل كما لو جعل أرضه مسجدا ثم استحق ينقض منها شائعا يعود الباقي إلى ملكه بخلاف ما لو أوصى بأن يجعل ثلث داره مسجدا حيث يصح؛ لأن هناك وجد الإقرار؛ لأن الدار تقسم ويقرر الثلث ثم يجعل مسجدا.

(النوادر): علو وقف انهدم وليس له من الغلة ما يمكن عمارة العلو بطل الوقف وعاد في حوالينا إلى الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وكذا حوض في محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته واستغنى أهل المحلة عنه يعود ملكًا لواقفه أو لورثته، وإن كان لا يعرف واقفه فهو كاللقطة في أيديهم يتصدقون على فقير ثم يتبعه الفقير فينتفع بالثمن وهكذا ذكر أبو الليث في نوازله بترتيب بالأجر فخربت القرية وانقرض أهلها هل يجوز أن ينقل أجرها إلى الحوض ينظر إن عرف الباني لا يجوز إلا بإذنه؛ لأنه رجع إلى ملكه، وإن لم يعرف يتصدق بالأجر على فقير ثم الفقير ينفق في الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة.

ولو أراد القاضي أن ينفق بدون التصدق لا بأس به، وكذلك حانوت وقف احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفيّة، وكذلك الرباط إذا خرب تبطل الوقفية ويعود ملكا، وكذلك منزل موقوف على مقبرة معلومة فخرب هذا المنزل وصار بحال لا ينتفع به فبنى فيه رجل بناء من ماله بغير إذن أحد فالأصل لورثة الواقف والبناء لورثة الباني، وكذلك وقف على أقوام مسمين فخرب ولا ينتفع به وهو لعبد من القرية لا يرغب أحد في عمارته بطل الوقف ولا يجوز بيعه وهذا الجواب صحيح على قول محمد.

فأمّا على قول أبي يوسف ففيه نظر؛ لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة رجل جعل جنازة وملاة ومغتسلا وقفا في محله فغير أهلها واندرس لا يعود إلى الورثة بل يحتمل إلى مكان آخر أقرب من هذه المحلة فرق محمد بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله حيث يعود ملكا والفرق أن المسجد لا يمكن نقله إلى موضع آخر وهذا يمكن نقله لينتفع الناس به.

وذكر أبو الليث في نوازله: حصير المسجد إذا صار خلقًا واستغنى أهل المسجد عنه وقد طرحها الإنسان إن كان الطارح حيا فهي له لأنها لم تزل عن ملكه، وإن كان ميتًا ولم يدع له وارثًا أرجو أن لا بأس أن يدفع أهل المسجد إلى فقير أو ينتفعوا في شراء حصير آخر للمسجد والمختار أنه لا يجوز لهم أن يفعلوا ذلك بغير أمر القاضي.

(باب الإقرار بالوقف)

أرض في يدي رجل أقر أنها صدقة موقوفة فهذا لا يخلو من أربعة أوجه:

الأول: إذا أقر بوقفية أرض في يديه ولم يسم واقفه ولا مستحقه صح إقراره وصارت الأرض وقفا على الفقراء؛ لأن لا مكذب ولا منازع له في ذلك فلم يكن متهمًا في إقرار فصح ويستحقه الفقراء لأنه لو أنشأ الوقف مطلقًا بأن قال وقفت تصير وقفا على الفقراء فكذا إذا أقر مطلقًا ولا أجعل المقر هو الواقف له ولا غيره إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر فيجعل المقر واقفا وهو كرجل في يديه عبد أقر أنه حر جعلت العبد حرا بإقراره ولم أحكم بالولاء إلا أن يشهد الشهود أن العبد كان له حين أقر بحريته جعلت الولاء له.

وذكر الأنصاري في وقفه: أنه يجعل المقر كأنّه هو الذي وقفها، ألا ترى أنه لو قال لعبد: إنه حر، كان ولاؤه للمقر وجنايته على عاقلته، وولاية الوقف له استحسانًا؛ لأن القاضي لو انتزع عن يده يحتاج إلى أن يدفع إلى غيره وينصبه قيّما فيه فلا فائدة في انتزاعه من يده.

فإن سمي الواقف بعد إقراره بالوقف لا يقبل قوله لأنا لو قبلنا قوله أدّى ذلك إلى بطلان الوقف؛ لأن فلانا لو أنكر الوقف كان القول قوله، وكذلك لو سمي مستحقا للغلّة بعينه بعد ذلك لا تقبل قياسًا؛ لأن الغلة صارت مستحقة للفقراء حين ذكر الوقف ولم يذكر الموقوف عليه فلو قبل قوله أدى ذلك إلى إبطال حق الفقراء ويقبل استحسانا؛ لأنه لو لم يقبل قوله أدى ذلك إلى إبطال حق الموقوف عليه في الأوقاف القديمة؛ لأن بعد تقادم العهد وتطاول المدة لا يعرف أربابه ومستحقه ونسيبه على الإنسان أمره ومستوجبه.

والثاني: لو أقرّ بالوقف وسمى واقفه ولم يسم مستحقه بأن قال هذه الأرض صدقة موقوفة من أبي وأبوه ميت، فإن كان على أبيه دين يباع فيه، وإن كان له وصيّة تنفذ وصيته وما فضل منهما يكون وقفا على الفقراء إن لم يكن معه وارث آخر، وإن كان معه وارث آخر جاحد كان نصيب المقر وقفا؛ لأن كلمة من للتقريب، ألا ترى أن الرجل يقول لآخر ادن مني إذا أراد تقريبه من نفسه فقد قرب المقر الأرض الموقوفة من أبيه وحقيقة التقريب يوجب الملك لأبيه فصار مقرًا بالملك لأبيه وبالوقفية عليه فيقبل إقراره بالملك لا بالوقفية في حق غيره بخلاف ما لو قال هذه الأرض صدقة موقوفة عن أبي، فإنه لا يكون إقرارًا بالملك لأبيه حتى جاز الوقف، وإن كان على أبيه دين أو له وصيّة أو معه وارث آخر جاحد؛ لأن كلمة عن تستعمل للتبعيد لا للتقريب فإنّه يقال ابعد عني ولا يقال ادن عني فيكون معنى قوله موقوفة عن أبي وقفتها أنا عنه أو وقفها فلان عنه ليكون ثوابه وأجره له، ولو أقر أنّ هذه الأرض صدقة موقوفة من فلان، فإن كان فلان حيا يتوقف الإقرار على تصديق فلان؛ لأنه أقر بالملك له ثم زعم أنه أخرجها عن ملكه، فإن صدقه فلان فيما أقر صح إقراره وإن كذبه كانت الأرض ملكًا له؛ لأن قوله لا يكون حجة على غيره، وإن كان فلان ميتا وله ورثة إن صدقوه في الوقف صارت الأرض وقفا وللمقر الولاية عليه استحسانا لما بينا وإن كذبوه كانت الأرض لهم مطلقة؛ لأن إقراره عليهم لا يصح وإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم يكون نصيب المصدق وقفا ونصيب الجاحد مطلقًا له اعتبارًا لحالة الانفراد بحالة الاجتماع.

والثالث: لو أقرّ بالوقفية ولم يسم واقفه وسمى مستحقه بأن قال هذه الأرض موقوفة على نفسي وعلى ولدي ونسلي، فإنه يقبل إقراره؛ لأن على قول من يجيز الوقف على نفسه إن كان الواقف هو صح إقراره، وإن كان الواقف غيره يقبل إقراره على سبيل بيان أن الأمر في هذا موكول إليه؛ لأن الأوقاف في العادة تكون في أيدي الولاة وقيّميها ويكونون هم المتصرفين فيها وهم أعرف بذلك من غيرهم فوجب قبول قولهم إلا أن يكون الحال حال شك وريبة فالقاضي يتلوم وينظر في ذلك ويعمل على حسب ما يظهر له بعد التلوم.

وأمّا على قول من لا يجيز الوقف على نفسه، فإنه يجعل الواقف عبرة تحريًا للحوار.

ولو قال: هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان، ثم قال: لا بل على فلان أو زاد فيه غيره أو نقص منهم لا يقبل قوله الآخر؛ لأن إقراره الأوّل قد صح بإقراره الثاني حصل على غيره فلا تقبل، وكذا لو قال: على فلان بعيد ثم قال مفصولا يبدأ أولا بفلان بعينه لا يقبل، فإن قال ذلك موصولا عند محمد يقبل.

وعند أبي يوسف لا يقبل قوله الثاني وهذا كاختلافهما في امرأة أقرت أن فلانا تزوجها بعد فلان وهما يدعيان أنها امرأته فهي امرأة الذي ذكرت اسمه أولا عند أبي يوسف.

وعند محمد: هي للذي ذكر آخرًا وقد مرت في النكاح.

والرابع: لو أقر بالوقفية وسمى واقفه ومستحقه، فإنه يرجع إلى الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا إن صدقه فيه صار وقفًا وإن كذبه لم يصر وإن أقر بوقف صحيح وأقرّ أنه أخرجه من يده ووارثه يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده صح الوقف في الحكم؛ لأن إقراره على نفسه صحيح.

(باب الاختلاف في الوقف)

وقف على نفر استولى عليه ظالم لا يمكن انتزاعه من يده فادعى الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع من هذا الظالم وسلمه إليه وهو منكر فأرادوا تحليفه فلهم ذلك لأنهم ادعوا عليه معنًى لو أقرّ به لزمه، فإذا أنكر استخلف، فإن نكل

قضي عليه بقيمته، وكذلك لو قامت لهم بينة؛ لأن الفتوى في غصب الدور والعقار الموقوفة بالضمان نظرًا للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان نظرا للوقف وهو اختيار مشايخنا ومتى قضى عليه بالقيمة يوجد منه القيمة فيشتري بها ضيعة أخرى فتكون وقفًا كالأول؛ لأن هذا بدل الأول. رجل ادعى كرما في يدي رجل وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم بشرائطه وليس للمدعي بينة فأراد تحليفه ينظر إن أراد تحليفه ليأخذ الكرم إن نكل عن اليمين ليس عليه يمين؛ لأنه لو نكل هنا لا يصل إلى المدعى به، وإن أراد تحليفه ليأخذ القيمة إن نكل عن اليمين فله ذلك؛ لأنه لو نكل وصل إلى القيمة.

ولو زرع الواقف الأرض الموقوفة ببذر نفسه بعدما سلم إلى المتولي فقال: زرعتها لنفسي، وقال أهل الوقف: زرعتها للوقف فالقول قوله والزرع له؛ لأن البَذْرَ له فيكون الزرع له لا يستحق عليه إلّا بشرط وهو منكر لذلك، فإن سأل أهل الوقف من القاضي أن يخرجها من يده لزراعتها لنفسه، فإنه يكون نجوها من يده.

ولو فعل ذلك المتولي يخرجها من يده ويضمن ما نقص الأرض هكذا ذكره الناطفي في "أجناسه" لكن هذا الفرق عسى يتأتى على قول من لا يشترط التسليم إلى المتولي، فأمّا على قول من شرط التسليم إلى المتولي لا يتأتى ويخرج الأرض من يد الواقف ما يخرجها من يد المتولي. رجل مات وترك ابنين وفي يد أحدهما ضيعة زعم أنه وقف عليه والابن الآخر يقول هو وقف علينا كان القول قوله وهو وقف عليهما وهو الصحيح لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما ولا ينفرد أحدهما بالاستحقاق إلا بحجة. رجل باع أرضًا ثم ادعى أنه وقفها أو قال هي وقف عليّ ينظر إن لم يقم البينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك؛ لأن التحليف بناء على الدعوى والدعوى لم تصح لمكان التناقض؛ لأن مكان إقدامه على البيع إقرار بأنها ملك، وإن أقام البينة على الوقف تكلموا في سماع البينة والأصح أنه يسمع البينة؛ لأن الدعوى، وإن لم تصح لمكان التناقض لكن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة ومتى قبلت ينقض البيع. رجل وقف أرضا له فجاء إنسان وغصبها منه فأقام الواقف البينة تقبل بينة ويرد عليه بالاتفاق، أمّا عند أبي حنيفة فلأنه لم

يصح الوقف، وأمّا عند محمد فلأن الوقف لا يصح إلا بالإخراج من يده فيبقى على ملكه، وأمّا عند أبي يوسف فلأن الوقف وإن صح فهذا أولى بإحيائها والتولية فيها الوقف التي تقادم أمرها ومات شهودها وتنازع فيها أهلها، فإن كان ورثة الواقف حيا ترجع إليه، فإن أقروا بشيء يؤخذ بإقرارهم لأنهم قائمون مقام الواقف فكان الرجوع على ورثة الواقف أولى، وإن كان ميتًا إن كان لها رسوم في دواوين القضاة تعمل عليها يرجع إلى الرسوم ويجري عليها؛ لأن ذلك دليل ظاهر وليس هنا دليل فوقه، وإن لم يكن لها رسوم تجعل موقوفة إلى قيام الدليل فمن أثبت في ذلك حقا قضي له به وإلا فلا؛ لأنه تعذّر القضاء بدون الحجة. رجل ادعى دارا في يدي رجل أنها ملكه بأصلها وبنائها وأنكر المدعى عليه وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا فأقام المدعي البينة وقضى القاضي له بذلك وكتب له السجل ثم أقر المدعي أن أصل الدار وقف والبناء له بطل دعواه والحكم والسجل؛ لأنه أقر ببطلان دعواه وبطلان القضاء والسجل له صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في أمور الأوقاف ويقضي بالبينة والنكول جاز إن ولاه السلطان نصا أو عرف دلالة؛ لأنه صار كالقاضي المولّى وإلا فلا والله أعلم.

(باب مسائل متفرقة)

قوم جمعوا دراهم لعمارة قنطرة أو مسجد واشتروا ببعضها طعامًا للعمال واجتمع هناك من لا يعمل فدعاهم العمال إلى الطعام هل يحل لهم أكله، يُنظر إن حضروا لهداية العمال وإرشادهم وبعثهم على العمل حل لهم؛ لأنهم كالعمال، وإن حضروا نظارًا، ينظر إن كانوا قليلا لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة يسعهم، وإن كانوا كثيرًا فلا.

مسجد بجنبه ماء فانكسر حائط المسجد من ذلك الماء ينبغي لأهل المسجد أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر أهل النهر بإصلاحه حتى إذا لم يصلحوا أو انهدم حائط المسجد ضمنوا قيمة الهدم؛ لأنه لما أشهد عليهم صاروا متلفين تسببًا بترك الإصلاح.

رجل وقف ضيعة وأشهد على ذلك وكتب صكًّا وأخطأ في كتبه الحدين فكتب بخلافهما، ينظر إن كان بين هذين الحدين وبين هذه الضيعة أرض أو كرم لغير الواقف جاز الوقف؛ لأنه وقف أرضه وأرض غيره وصح وقف أرضه ولم يصح وقف أرض غيره، وإن لم يكن كذلك فالوقف باطل؛ لأن المحدود لم يدخل تحت أرضه فيبطل الوقف إلا إذا كانت الأرض مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكن فيها متعلم ولم يثبت فيها ويشتغل بالحراسة ليلا لا يحرم عن ذلك أن يأوي في بيت من بيوته وله آلة السكنى ثمة؛ لأنه يعد ساكن هذا الموضع.

ولو اشتغل بالحراسة ليلا وبالنهار يقصر في التعليم ينظر إن اشتغل بالنهار بعمل آخر حتى لا يعد من جملة طلبة العلم فلا وظيفة له، وإن لم يشتغل حتى يعد من جملة طلبة العلم فله الوظيفة.

وكذا لو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم حتى لم يكن لساكني تلك المدرسة من غير طلبة العلم شيء من الوظيفة؛ لأن المتفاهم والتعارف من ذلك طلبة العلم دون غيرهم.

ولو كان المتعلم لا يختلف إلى الفقهاء للتعلم، فإنه يُنظر إن كان في المصر واشتغل بكتابة شيء من الفقه لنفسه مما يحتاج إليه فله الوظيفة؛ لأنه مشتغل بالتعلم؛ لأن هذا من جملة التعلم، وإن اشتغل بكتابة شيء لغيره بالأجرة فلا وظيفة له، وإن خرج من المصر ينظر إن خرج إلى مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا يأخذ الوظيفة؛ لأنه صار مسافرًا ولم يبق ساكنًا مقيمًا، وإن خرج إلى ما دون ذلك إلى بعض القرى ينظر إن أقام خمسة عشر يومًا فصاعدًا لا يأخذ أيضًا؛ لأن هذه مدة طويلة، وإن أقام أقل من ذلك، فإن كان له منه بد كالخروج للتنزه لا يأخذ أيضًا، وإن لم يكن له منه بد كطلب القوت ونحوه يأخذ؛ لأنه قليل لا بد منه فيعفى عنه.

ولو اختلف طلبة العلم في السبق، فمن قدم متقدمًا تقدم سبقه، وإن لم يعلم ذلك يقرع بينهم لأنه يجعل كأنهم جميعًا قدموا معًا بمنزلة الغرقى والحرقى جعل كأنهم ماتوا جميعا معًا.

ولا يجوز حمل تراب ربض المصر كأن لأنه جص فكان حق الجماعة، فإن انهدم شيء من الربض ولا يحتاج إليه لا بأس بحمله، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات